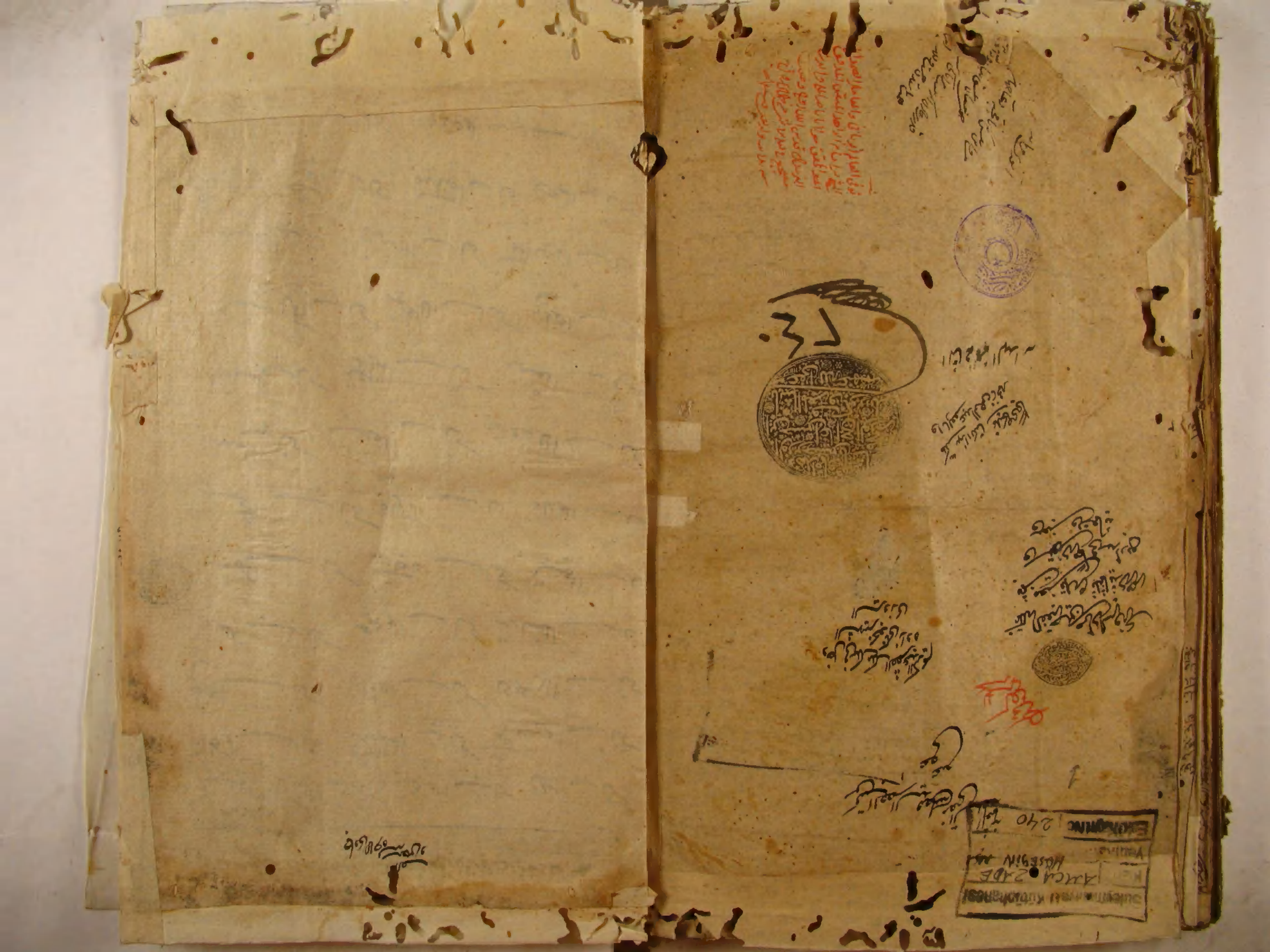
目次

صار ملكا من عداري الزمان ثم صرف فيه ثلثة آباء وستين درهما وانا الفقير عبد الله محمد معاعنهما الكريم الصمد

فهرست كتاب



بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب البيوع

البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي مثل ان يقول
احدهما بعت والآخر يقول اشتريت لان البيع انشاء تصرف والانشاء
يعرف بالشروع والموضوع للاخبار قد استعمل فيه فينعقد به ولا ينعقد
بلفظين احدهما لفظ المستقبل كخلاف النكاح وقد مر الفرق هنا
لك وقوله رضيت او اعطيتك بكذا او خذه بكذا في معنى قوله بعت
واشتريت لانه يؤدي معناه والمعنى هو المعتبر في هذه العقود وهذا
ينعقد بالتعاطي في النفيس والخسيس هو الصحيح لتحقق التراضي
قال اذا وجب احد المتعاقدين البيع فللآخر بالخيار ان شاء قبل
في المجلس وان شاء رد وهذا خيار القبول لانه لم يثبت له الخيار
يلزمه حكم العقد من غير رضاه واذا لم يفد الحكم بدون قبول الآخر
فللموجب ان يرجع لخلوه عن الطلب حق الغير وانما يمتد الى آخر المجلس
لان المجلس جامع للمتفرقات فاعتبرت ساعاته ساعة واحدة
تحقيقا لليسر ودفعا للعسر والكتاب كالخطاب وكذا الرسالة
حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتاب واداء الرسالة وليس له ان يقبله
في بعض المبيع كان يقبل المشتري ببعض الثمن لعدم رضا الآخر بتفرق
الصفقة الا اذا بين ثمن كل واحد لانه صفقات شتى واذا
قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل
الاعراض والرجوع وله ذلك على ما ذكرنا واذا حصل الايجاب
والقبول لزم البيع ولا خيار لواحد منهما الا من عيب او عدم
رؤية وقال الشافعي رحمه الله يثبت لكل واحد منهما خيار المجلس
لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا ولنا ان في
النسخ ابطال حق الآخر فلا يجوز والحديث محمول على خيار القبول

وفيه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة المباشرة لا بعدها او محمول
في محل عليه والتفرق تفرق الاقوال قال والاعواض المقدر
البيان لا يحتاج الى معرفة مقدارها في جواز البيع لان بالاشارة
كفاية في التعريف وجهالة الوصف فيه لا تفضي الى المنازعة
والاثمان المطلقة لا تصح الا ان تكون معروفة القدر والصفة
لان التسليم واجب بالعقد وهذه الجهالة مفضية الى المنازعة
فيمتنع التسليم والتسلم وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز هذا
هو الاصل قال ويجوز البيع بثمن حال ومؤجل اذا كان الاجل
معلوما لاطلاق قوله تعالى واحل الله البيع وعنه عليه السلام انه
اشترى من يهودي الى اجل فرهنه درعه ولا بد ان يكون الاجل
معلوما لان الجهالة فيه مانعة من التسليم الواجب بالعقد فهذا
يطالبه في قريب المدة وهو يسلمه في بعيدها قال ومن
اطلق الثمن في البيع كان على غالب نقد البلد لانه المتعارف
وفيه القوي للجواز فينصرف اليه فان كانت النقود مختلفة
فالبيع فاسد الا ان يبين احدها وهذا اذا كان الكل في
الرواج سواء لان الجهالة مفضية الى المنازعة الا ان يروج
الجهالة بالبيان او يكون احدها اغلب وارج فحينئذ ينصرف
اليه تحريا للجواز وهذا اذا كانت مختلفة في المالية فان كانت
سواء فيها كالثنائي والثلاثي والمنصوري اليوم بسمرقند وقد اختلف
بين العدائي بفوغانة جاز البيع اذا اطلق اسم الدراهم كما قالوا
وينصرف الى ما نقد به من اي نوع كان لانه لا منازعة ولا
اختلاف في المالية قال ويجوز بيع الطعام والحبوب مكايلة
ومجازفة وهذا اذا باعه بخلاف جنسه لقوله عليه السلام اذا اختلف

النوعان فبيعوا كيف شئتم ولان الجهالة غير مانعة من التسليم فشابه
جهالة القيمة بخلاف ما اذا باع بجنسه مجازفة لما فيه من احتمال
الربوا قال ويجوز باناء بعينه لا يعرف مقداره وبوزن حجر
بعينه لا يعرف مقداره لان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لما
انه يتعجل فيه التسليم فيندر هلاكه قبله فيتحقق المنازعة وعن ابي
حنيفة رضي الله عنه انه لا يجوز في البيع ايضا والاول اصح والظاهر
قال ومن باع صبرة طعام كل قفيز بدرهم جاز البيع في قفيز
واحد عند ابي حنيفة رحمه الله الا ان يسمي جميع قفزانها وقالا
يجوز في الوجهين له انه تعذر الصرف الى الكل لجهالة المبيع والثمن
فينصرف الى الاقل وهو معلوم الا ان تزول الجهالة بتسمية
جميع القفزان وبالكيل في المجلس ولهما ان الجهالة بيدهما
اذ الثمن ومثلها غير مانع كما اذا باع عبدا من عبدين على ان
المشتري بالخيار ثم اذا قفيز واحد عند ابي حنيفة رحمه الله
للمشتري الخيار لتفرق الصفقة عليه وكذا الكيل في المجلس
او سمى جميع قفزانها لانه علم ذلك الان فالخيار كما اذا
رآه ولم يكن رآه وقت البيع ومن باع قطيع غنم كل شاة بدرهم
فسد البيع في جميعها عند ابي حنيفة رضي الله عنه وكذا من باع
ثوبا مذارعة كل ذراع بدرهم ولم يسم جملة الذرعان وكذا كل
معدود متفاوت وعندهما يجوز في الكل لما قلنا وعنه
ينصرف الى الواحد لما بينا غير ان بيع شاة من قطيع وذراع
من ثوب لا يجوز للتفاوت وبيع قفيز من صبرة يجوز لعدم
التفاوت ولا تفضي الجهالة الى المنازعة فيه وتفضي اليها
في الاول فوضح الفرق ومن ابتاع صبرة على انها مائة قفيز بمائة

درهم فوجدها اقل كان المشتري بالخيار ان شاء اخذ الموجود
بحصته وان شاء فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه فيبطل التمام
فلم يتم رضاه بالموجود وان وجدها اكثر فالزيادة للبائع لان البيع
وقع على مقدار معلوم معين والقدر ليس بوصف ومن اشترى
ثوبا على انه عشرة اذرع بعشرة او ارضا على انه مائة ذراع بمائة
فوجدها اقل فالمشتري بالخيار ان شاء اخذها بجملة الثمن وان
شاء ترك لان الذرع وصف في الثوب الا ترى انه عبارة عن
الطول والعرض والوصف لا يقابله شيء من الثمن كالطراف
الحيوان ولهذا يأخذه بكل الثمن بخلاف الفصل الاول لان
المقدار يقابله الثمن فلهذا يأخذه بحصته الا انه يتخير لفوات الوصف
المذكور لتغير المعقود عليه فيختل الرضا وان وجدها اكثر من
الذرع الذي سماه فهو للمشتري ولا خيار للبائع لانه صفة فكان
بمنزلة ما اذا باعه معيبا فاذا هو سليم ولو قال بعتكها على
انها مائة ذراع بمائة كل ذراع بدرهم فوجدها ناقصة فالمشتري
بالخيار ان شاء اخذها بحصتها من الثمن وان شاء ترك لان
الوصف وان كان تابعا لكنه صار اصلا بافراده بذكر الثمن
فنزل كل ذراع منزلة ثوب وهذا لانه لو اخذه بكل الثمن لم يكن
آخذا كل ذراع بدرهم وان وجدها زائدة فهو بالخيار ان شاء
اخذ الجميع كل ذراع بدرهم وان شاء فسخ البيع لانه ان حصل
له الزيادة في الذرع يلزمه زيادة الثمن فكان نفعا يشوبه ضرر
فيتخير وانما يلزمه الزيادة لما بينا انه صار اصلا ولو اخذه بالاقل
لم يكن آخذا بالمشروط ومن اشترى عشرة اذرع من مائة ذراع
من دار او حمام فالبيع فاسد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا

هو جائز وان اشترى عشرة اسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا
لهما ان عشرة اذرع من مائة ذراع عشر الدار فاشبه عشرة
اسهم وله ان الذراع اسم لما يذرع واستعير لما يكيل الذراع وهو
المعين دون المشاع وذلك غير معلوم بخلاف السهم ولا نزاع
عند ابي حنيفة رحمه الله بينهما اذا علم جملة الذرعان اذا لم تعلم
هو الصحيح خلافا لما يقوله الخصاف لبقاء الجهالة ولو اشترى
غدلا على انه عشرة اثواب فاذا هو تسعة او احد عشر تفسد البيع
لجهالة المبيع او الثمن ولو بين لكل ثوب ثمنا جاز في فصل النقصان
بقدره فله الخيار ولم يجز في الزيادة لجهالة العشرة المبيعة
وقال عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجوز في فصل النقصان
ايضا وليس بصحيح بخلاف ما اذا اشترى ثوبين على انهما ثوبان
فاذا احدهما مروي حيث لا يجوز فيهما وان بين ثمن كل واحد
منهما لانه جعل القبول في المروي شرطا لجواز العقد في الهروي
وهو شرط فاسد ولا قبول يشترط في المعدوم فافترقا ولو اشترى
ثوبا واحدا على انه عشرة اذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة
ونصف او تسعة ونصف قال ابو حنيفة رحمه الله في الوجه
الاول ياخذه بعشرة من غير خيار وفي الوجه الثاني ياخذه
بتسعة ان شاء وقال محمد رحمه الله في الوجه الاول ياخذه
بعشرة ونصف وفي الثاني بتسعة ونصف ويخير لان من ضرورة
مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة نصفه بنصفه فيجري عليه ولابي
يوسف رحمه الله انه لما افرد كل ذراع ببدل نزل كل ذراع
بمنزلة ثوب على حدة وقد انتقص ولابي حنيفة رحمه الله ان
الذراع وصف في الاصل وانما اخذ حكم المقدار بالشرط وهو

مقيدا بالذراع فعند عدمه عاد الحكم الى الاصل وقيل في الكرباس
الذي لا يتفاوت جوانبه لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط
لانه بمنزلة الموزون حيث لا يضره الفصل وعلى هذا قالوا يجوز
بيع ذراع منه **فصل** ومن باع دارا دخل بناؤها
في البيع وان لم يسمه لان اسم الدار يتناول العرصة والبناء
في العرف ولانه متصل به اتصال قرار فيكون تبعا له ومن باع
ارضا دخل فيها من النخيل والشجر وان لم يسمه لانه متصل به
للقرار فاشبه البناء ولا يدخل الزرع في بيع الارض الا بالتسمية
لانه متصل بها للفصل فاشبه المتاع الذي فيه ومن باع نخلا
او شجرا فيه ثمرة فثمرته للبائع الا ان يشترط المبتاع لقوله عليه السلام
من اشترى ارضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا ان يشترط المبتاع
ولان الى انفصال وان كان خلقة فهو للقطع لا للبقاء فصار كالزرع
ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع وكذا اذا كان فيها زرع لان
ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما
اذا كان فيه متاع وقال الشافعي رحمه الله يترك حتى يظهر
صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب انما هو التسليم
المعتاد وفي العادة انه لا يقطع وصار كما اذا انتهت مدة الاجارة
وفي الارض زرع قلنا هناك التسليم واجب ايضا حتى يترك
باجر وتسليم العوض تسليم المعوض ولا فرق بينما اذا كان
الثمر بحالة له قيمة او لم يكن في الصحيح ويكون في الحالين للبائع
لان بيعه يجوز في اصح الروايتين على ما نبين ولا يدخل في بيع
الشجر من غير ذكر واما اذا بيعت الارض وقد بذر فيها
صاحبها ولم ينبت بعد لم يدخل فيه لانه مودع فيها كالمتاع ولو نبت

ولم يصرح قيمة قد قيل لا يدخل فيه وقيل يدخل وكان هذا بناء على
الاختلاف في جواز بيعه قبل ان تناله المشافر والمناجل ولا يدخل
الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بكل
قليل وكثير هو له فيها ومنها من حقوقها او قال من مرافقها لم يدخلا
فيه لما قلنا وان لم يقل من حقوقها او من مرافقها دخلا فيه واما
الثمر المجتذذ والزرع المحصود بمنزلة المتاع لا يدخل الا بالتصريح
به قال ومن باع نخلة لم يبد صلاحها او قد بدا جاز البيع لانه
مال متقوم اما الكون منتفعا به في الحال او في الثاني وقد قيل
لا يجوز قبل ان يبدو صلاحها والاول اصح وعلى المشتري قطعها
في الحال تفريغا لملك البائع وهذا اذا اشتراها مطلقا او بشرط
القطع وان شرط تركها على النخيل فسد البيع لانه شرط لا يقتضيه
العقد وهو شغل ملك الغير او هو صفقة في صفقة وهي
اعانة او اجارة في بيع وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما قلنا وكذا
اذا تناهى عظمها عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله لما قلنا
واستحسن محمد رحمه الله للعادة كالمطلق ما اذا لم يتناه عظمها لانه
شرط فيه الجزء المعدوم وهو الذي يزيد بعد من الارض والسعف
ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل
وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد في ذاته لحصوله بجهة محظورة
وان تركها بعد ما تناهى لم يتصدق بشيء لان هذا تغير حالة
لا تحقق زيادة وان اشتراها مطلقا وتركها على النخيل وقد
استاجر النخيل الى وقت الادراك طاب له الفضل لان الاجارة
باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقي الاذن معتبرا كالمطلق
ما اذا اشترى الزرع واستاجر الارض الى ان يدرك وتركه

يطيب له
حيث لا يطيب الفضل لان الاجارة فاسدة للجهالة فاورثت خبثا
ولو اشتراها مطلقا فاثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع
لانه لا يمكن تسليم المبيع لتعذر التمييز ولو اثمرت بعد القبض يشركان
فيه للاختلاط والقول قول المشتري في مقداره لانه في يده وكذا
في الباذنجان والبطيخ والمختار ان يشتري الاصول لتحصل الزيادة
على ملكه قال ولا يجوز ان يبيع ثمرة ويستثني منها ارطالا معلومة
خلافا لمالك رحمه الله لان الباقي بعد الاستثناء مجهول بخلاف
ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قال رضي
الله عنه قالوا هذا رواية الحسن وهو قول الطحاوي لكن على ظاهر الرواية
فينبغي ان يجوز لان الاصل ان ما يجوز ايراد العقد عليه بانفراده
يجوز استثناؤه من العقد وبيع نفيز من صبرة جائز وكذا استثناؤه
بخلاف استثناء الحمل واطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا
استثناؤه ويجوز بيع الحنطة في سنبلها والباقلي في قشوره
وكذا الارز والسمسم وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلي
الاخضر وكذا الجوز واللوز والفستق في قشره الاول عنده
وله في بيع السنبلة قولان وعندنا يجوز ذلك كله له ان
المعقود عليه مستور بما لا منفعة له فيه فاشبه تراب الصاغة
اذا بيع بجنسه ولنا ما روي عن النبي عليه السلام انه نهى عن بيع
النخل حتى يزهي وعن بيع السنبل حتى يبيض ويامن العاهة
ولانه حب منتفع به فيجوز بيعه في سنبله كالشعير والجامع كونه
مالا متقوما بخلاف الصاغة لانه انما لا يجوز بجنسه لاحتمال الربوا
حتى لو باعه بخلاف جنسه جاز وفي مسئلتنا لو باعه بجنسه لا يجوز ايضا
لشبهة الربوا لانه لا يدري قدره في السنابل ومن باع دارا دخل

في البيع منافع أغلاقها لأنه يدخل فيه الأغلاق لأنها مركبة فيها للبقاء
والمفتاح يدخل في بيع الغلق من غير تسمية لأنه بمنزلة بعض منه
إذا لم ينتفع به بدونه قال وأجرة الكيال وناقد الثمن على البائع
أما الكيل فلا بد منه للتسليم وهو على البائع ومعنى هذا إذا باع
مكايلة وكذلك هذا أجرة الوزان والذراع والعداد وأما النقد
في المذكور رواية ابن رستم عن محمد رحمه الله لأن النقد يكون بعد
التسليم الأصل أن يكون بعد الوزن والبائع هو المحتاج إليه
ليميز ما تعلق به حقه من غيره ليعرف المعيب ليرده وفي رواية ابن
سماعة عنه على المشتري لأنه يحتاج إلى تسليم الجيد المنقد والجودة
تعرف بالنقد كما يعرف النقد بالوزن فيكون عليه قال
وأجرة وزان الثمن على المشتري لما بينا أنه هو المحتاج إلى تسليم
الثمن وبالوزن يتحقق التسليم قال ومن باع سلعة بثمن قيل
للمشتري ادفع الثمن أولا لأن حق المشتري تعين في المبيع فيقدم
دفع الثمن ليتعين حق البائع بالقبض لأنه لا يتعين بالتعيين
وهو تحقيق للمساواة قال ومن باع سلعة بسلعة لم تثمنا بثمن قيل
لهما سلما معا لاستوائهما في التعيين فلا حاجة إلى أحدهما في الدفع
والله أعلم

باب خيار الشرط

خيار الشرط جائز للبائع والمشتري وهما الخيار ثلاثة أيام فما
دونها والأصل ما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري
رضي الله عنه كان يغبن في البياعات فقال له النبي عليه السلام
إذا بايعت فقل لا خلابة ولي الخيار ثلاثة أيام ولا يجوز أكثر منها
عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله
وقالا يجوز إذا سمى مدة معلومة لحديث ابن عمر رضي الله عنه

إذا أجاز الخيار إلى شهرين ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التروي
ليندفع الغبن وقد تمس الحاجة إلى الأكثر فصار كالتأجيل في الثمن
ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن شرط الخيار على خلاف مقتضى العقد
وهو اللزوم وإنما جوزناه بخلاف القياس بما روينا من النص فيقتصر
على المدة المذكورة فيه وانتقاض الزيادة إلا أنه إذا جاز في الثلاث
جاز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إن العقد
فاسد فلا ينقلب جائزا ولأبي حنيفة أنه أسقط المفسد قبل تقرره فيصير
جائزا كما إذا باع بالربا وأعلمه في المجلس ولأن للفساد اعتبارا
باليوم الرابع فإذا أجاز قبل ذلك لم يتصل المفسد بالعقد
ولهذا قيل إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع وقيل
ينعقد فاسدا ثم يرتفع الفساد بحذف الشرط وهذا على الوجه
الأول قال ولو اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا
بيع بينهما جاز إلى أربعة أيام لا يجوز عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد يجوز إلى أربعة أيام أو أكثر فإن نقد في
الثلاث جاز في قولهم جميعا والأصل فيه أن هذا في معنى اشتراط
الخيار أو للحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرزا عن
المماطلة في الفسخ فيكون ملحقا به وقد مر أبو حنيفة رحمه الله على
أصله في الملحق به ونفى الزيادة على الثلاث وكذا محمد رحمه الله
في تجويز الزيادة على الثلاث وأبو يوسف رحمه الله أخذ في الأصل
بالأثر وفي هذا بالقياس وفي المسألة قياس آخر وإليه مال زفر
رحمه الله وهو أنه بيع شرطت فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط وشرط
الصحيح منها فيه مفسد فاشتراط الفاسد أولى وجه الاستحسان ما بينا
قال وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه لأن تمام هذا السبب

بالمراضاة ولا يتم مع الخيار وهذا ينفذ عتقه فلا يملك المشتري التصرف
وان قبضه باذن البايع فلو قبضه المشتري وهلك في مدة الخيار ضمنه
بالقيمة لان البيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا انفاذ بدون
المحل فبقي مقبوضا في يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك
في يد البايع انفسخ البيع ولا شيء على المشتري اعتبارا بالفسخ
المطلق وخيار المشتري لا يمنع خروج المبيع عن ملك البايع لان
البيع في جانب الآخر لازم وهذا لان الخيار انما يمنع خروج
البدل عن ملك من له الخيار لانه شرع نظرا له دون الآخر قال
الا ان المشتري لا يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه لانه لما خرج
عن ملك البايع فلو لم يدخل في ملك المشتري يكون زايلا لا الى مالك
ولابي حنيفة ان الشرع ولاية حنيفة رحمه الله انه لما لم يخرج الثمن
عن ملكه فلو قلنا بانه يدخل المبيع في ملكه لاجتمع البدلان في ملك رجل
واحد حكما للمعاوضة ولا اصل له في الشرع ولان المعاوضة تقتضي
المساواة ولان الخيار شرع نظرا للمشتري ليتروى فيقف على
المصلحة ولو ثبت الملك يتعجل عليه من غير اختياره بان كان قريبه
فيفوت النظر قال فان هلك في يده هلك بالثمن وكذا اذا دخله
عيب بخلاف ما اذا كان الخيار للبايع ووجه الفرق انه اذا دخله
عيب يمنع الرد والهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب فيهلك
والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما تقدم لان بدخول العيب
لا يمتنع الرد حكما لخيار البايع فيهلك والعقد موقوف قال
ومن اشترى امرأة على انه بالخيار ثلاثة ايام لم يفسد النكاح لانه
لم يملكها بالاذن الخيار وان وطئها له ان يردها لان الوطء يحكم
النكاح الا اذا كانت بكرا لان الوطء ينقصها وهذا عند ابي حنيفة

رحمه الله وقالا يفسد النكاح لانه ملكها وان وطئها لم يردها لانه وطئها
بملك اليمين فيمتنع الرد وان كانت ثيبا وهذه المسئلة اخوات كلها
تنبني على وقوع الملك للمشتري بشرط الخيار وعدمه منها
عتق المشتري على المشتري اذا كان قريبا له في مدة الخيار ومنها
عتقه اذا كان المشتري حلف ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا
قال ان اشتريت لانه كالمنشئ للعتق بعد الشراء فيسقط الخيار
ومنها ان حيض المشتراة في المدة لا يجزيه من الاستبراء عنده ولو
ردت بحكم الخيار على البايع لا يجب عليه الاستبراء عنده وعندهما
يجب اذا ردت بعد القبض ومنها اذا ولدت المشتراة
في المدة بالنكاح لم تصر ام ولد له عنده خلافا لهما ومنها اذا
قبض المشتري المبيع باذن البايع ثم اودعه عند البايع
فهلك في يده في المدة هلك من مال البايع لارتفاع القبض
بالرد لعدم الملك وعندهما من مال المشتري لصحة الايداع
باعتبار قيام الملك ومنها لو كان المشتري عبدا ماذونا
فابراه البايع عن الثمن في المدة يبقى الخيار عنده لان الرد
امتناع عن التملك والماذون له يملك وعندهما بطل خياره
لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بغير عوض وهو ليس من اهله
ومنها اذا اشترى ذمي ذميا خمرا على انه بالخيار ثم اسلم
بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك ردها وهو مسلم
وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها فلا يتملكها باسقاط الخيار
وهو مسلم قال ومن شرط له الخيار فله ان يفسخ وله ان
يجيز فان اجاز بغير حضرة صاحبه جاز وان فسخ لم يجز
الا ان يكون الآخر حاضرا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله

وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز وهو قول الشافعي رحمه الله
والشرط هو العلم وانما كتفى بالحضرة عنه لانه مسلط على الفسخ
من جهة صاحبه فلا يتوقف على علمه كالاجازة وهذا لانه شرط
رضاه وصار كالوكيل بالبيع ولهما انه تصرف في حق الغير
وهو العقد بالرفع ولا يجري عن المضرة لانه عساه يعتمد
تمام البيع السابق فيتصرف فيه فتلزمه غرامة القيمة باهلاك
فيما اذا كان الخيار للبايع لولا تطلب لسلعته مشتريا
فيما اذا كان الخيار للمشتري وهذا نوع ضرر فيتوقف على
علمه فصار كعزل الوكيل بخلاف الاجازة لانه لا الزام فيه ولا يقول
بانه مسلط فكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ ولكن
تسليط في غير ما يملكه المسلط ولو كان فسخ في حال غيبة
صاحبه وبلغه في المدة ثم الفسخ لحصول العلم به فلو بلغه بعد مضي
المدة ثم العقد لمضي المدة قبل الفسخ قال واذا مات
من له الخيار بطل خياره ولم ينتقل الى ورثته وقال الشافعي
رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت في البيع يجري فيه
الارث كخيار العيب والتعيين ولنا ان الخيار ليس الا
مشيئة وارادة فلا يتصور انتقاله والارث فيما يقبل الانتقال
بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا
الوارث اما نفس الخيار فلا يورث خيار التعيين يثبت
للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير الا ان يورث الخيار
قال ومن اشترى شيئا وشرط الخيار لغيره فانه جاز جاز
وايهما نقض انتقض واصل هذا ان اشتراط الخيار لغيره جائز
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لان

الخيار من موجب العقد واحكامه فلا يجوز اشتراطه لغيره كاشتراط
الثمن على غير المشتري ولنا ان الخيار لغير العاقد لا يثبت الا بطريق
النيابة عن العاقد فيقدم الخيار له اقتضاء ثم يجعل هو نائبا عنه
تصحيحا للتصرف وعند ذلك يكون لكل واحد منهما الخيار فايهما اجاز
جاز وايهما نقض انتقض ولو اجاز احدهما وفسخ الآخر يعتبر السابق
لوجود المزاحمة فيما لا يزاحمه فيه غيره ولو خرج الكلامان منهما معا
يعتبر تصرف العاقد في رواية وتصرف المفسخ في اخرى وجه الاول
ان تصرف العاقد اقوى لان النائب يستفيد الولاية منه ووجه
الثاني ان الفسخ اقوى لان الاجاز يلحقه الفسخ والمفسوخ لا يلحقه
الاجازة ولما ملك كل واحد منهما التصرف رجحنا بحال التصرف
وقيل الاول قول محمد والثاني قول ابي يوسف واستخرج ذلك
فيما اذا باع الوكيل من رجل والموكل من غيره معا فمحمد رحمه الله يعتبر
فيه تصرف الموكل وابو يوسف يجعلهما قال ومن باع عبدين
بالف درهم على انه بالخيار في احدهما ثلاثة ايام فالبيع فاسد
وان باع كل واحد منهما بخمسمائة على انه بالخيار في احدهما بعينه جاز
البيع والمسئلة على اربعة اوجه احدها ان لا يفصل الثمن ولا يعين
الذي فيه الخيار وهو الوجه الاول في الكتاب وفساده لجهالة الثمن
والمبيع لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار
لا ينعقد في حق الحكم فبقي الداخل فيه احدهما وهو غير معلوم والوجه
الثاني ان يفصل الثمن ويعين الذي فيه الخيار وهو المذكور ثانيا في
الكتاب وانما جاز لان المبيع معلوم والثمن معلوم وقبول العقد في الذي
فيه الخيار وان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر ولكن هذا غير مفسد
للعقد كما اذا جمع بين قن ومدبر والثالث ان يفصل ولا يعين

والرابع ان يعين والا ينفصل والعقد فاسد في الوجهين اما الجهالة
المبيع او الجهالة الثمن ومن اشترى ثوبين على ان ياخذ ايهما شاء بعشرة
وهو بالخيار ثلاثة ايام وهو جائز وكذلك الثلاثة فان كانت
اربعة اثواب فالبيع فاسد والقياس ان يفسد البيع في الكل
لجهالة المبيع وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله وجه الاستحسان
ان شرع الخيار شرع للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو ارفق
والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار
من يثوبه او اختيار من يثوبه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل
اليه الا بالبيع فكان في معنى ما ورد به الشرع غير ان هذه الحاجة
تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردي فيها والجهالة
لا تفضي الى المنازعة في الثلاث لتعيين من له الخيار وكذا
في الاربع لان الحاجة اليها غير متحققة والرخصة ثبوتها بالحاجة
وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا تثبت باحدهما ثم قيل
يشترط ان يكون في هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين
وهو المذكور في الجامع الصغير وقيل لا يشترط وهو المذكور
في الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار وفاقا لا شرطا
واذا لم يذكر خيار الشرط لا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث
عنده وبمدة معلومة ايهما كانت عندهما ثم ذكر في بعض النسخ اشتري
ثوبين وفي بعضها اشتري احد الثوبين وهو الصحيح لان المبيع
في الحقيقة احدهما والآخر امانة والاول يجوز واستعارة ولو هلك
احدهما لو تعيب لزم البيع فيه بثمنه وتعين للآخر للامانة لامتناع
الرد بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف كل واحد

بالتعيب ولو هلكا جميعا معا يلزمه نصف كل واحد الشيوع
البيع والامانة فيهما ولو كان فيه خيار الشرط له ان يردهما جميعا ولو
مات من له الخيار فلورثته ان يردوا احدهما لان الباقي خيار التعيين
للاختلاط وهذا لا يتوقف في حق الوارث فاما خيار الشرط لا
يورث وقد ذكرناه من قبل ومن اشترى دارا على انه بالخيار
فبيعت دار الى جنبها فاخذها بالشفعة فهو رضا لان طلب الشفعة
يدل على اختيار الملك فيها لانه ما ثبت الا لدفع ضرر الجوار وذلك
بالاستدامة فيتضمن ذلك سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت الملك
من وقت الشراء فيتبين ان الجوار كان ثابتا وهذا التقرير يحتاج
اليه لمذهب ابي حنيفة رحمه الله خاصة واذا اشترى الرجلان على
انهما بالخيار ورضي احدهما فليس للآخر ان يرده عند ابي حنيفة رحمه
الله وقالا له ان يرده وعلى هذا الخلاف خيار العيب وخيار الرؤية
وجه قولهما ان اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما فلا يسقط
باسقاط صاحبه لما فيه من ابطال حقه ولابي حنيفة رحمه الله ان المبيع
خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة فلو رده احدهما رده
معيبا به وفيه الزام ضرر زائد وليس من ضرورة اثبات الخيار
لهما الرضا برد احدهما لتصور اجتماعهما على الرد ورباع
عبدا على انه خباز او كاتب وكان بخلافه فالمشتري بالخيار ان
شاء اخذه بجميع الثمن وان شاء ترك لان هذا وصف مرغوب فيه
فيستحق في العقد بالشرط ثم فواته يوجب التخيير لانه ما رضي به
دونه وهذا يرجع الى اختلاف النوع لقلة التفاوت في الاغراض
فلا يفسد بعدم العقد بمنزلة الذكورة والانوثة في الحيوانات
وصار كفوات وصف السلامة واذا اخذه اخذه بجميع الثمن لان
الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد على ما
عرف باب خيار الرؤية

ومن اشترى شيئا لم يره فالبيع جائز وله الخيار اذا رآه ان شاء اخذه وان
شاء رده وقال الشافعي رحمه الله لا يصح العقد اصلا لان المبيع مجهول
ولنا قوله عليه السلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار اذا رآه
ولان الجهالة بعدم الرؤية لا تفضي الى المنازعة لانه لو لم يوافقه
يرده فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار اليه وكذا اذا قال رضيت
ثم رآه له ان يرده لان الخيار معلق بالرؤية لما روينا فلا يثبت
قبله وحق الفسخ بحكم انه عقد غير لازم لا مقتضى الحديث و
لان الرضا بالشيء قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله
رضيت قبل الرؤية قال ومن باع ما لم يره فلا خيار له وكان ابو حنيفة
رحمه الله اولا يقول له الخيار اعتبارا بخيار العيب وخيار الشرط
وهذا لان لزوم العقد بتمام الرضا زوالا وثبوتا ولا يتحقق ذلك
الا بالعلم باوصاف المبيع وذلك بالرؤية فلم يكن البائع راضيا بالزوال
وجه المرجوع اليه انه معلق بالشراء لما روينا فلا يثبت دونه
وروي ان عثمان رضي الله عنه باع ارضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله
رضي الله عنهما فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني اشتريت
ما لم اره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لي الخيار لاني بعت ما لم اره
فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضرة
من الصحابة ثم خيار الرؤية غير موقت بل يبقى الى ان يوجد ما يبطله
وما يبطل خيار الشرط من تعييب او تصرف يبطل خيار الرؤية
ثم ان كان تصرفا لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير او تصرفا يوجب
حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة يبطله قبل الرؤية
وبعدها لانه لما لزم تعذر الفسخ فبطل الخيار وان كان تصرفا لا يوجب
حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم لا
يبطله قبل الرؤية لانه لا يربو على صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية
لوجود دلالة الرضا قال ومن نظر الى وجه الصبرة او الى ظاهر

الثوب مطويا او الى وجه الجارية او الى وجه الدابة وكفلها فلا
خيار له والاصل في هذا ان رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره
ويكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود ولو دخل في البيع اشياء
فان كان لا يتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته ان يعرف
بالنموذج يكتفى برؤية واحد منها الا اذا كان الباقي ارديء مما
راى فحينئذ يكون له الخيار ولو كان يتفاوت آحاده كالثياب
والدواب لا بد من رؤية كل واحد فالجوز والبيض من هذا القبيل
فيما ذكر الكرخي رحمه الله وكان ينبغي ان يكون مثل الحنطة والشعير
لكونها متقاربة اذا ثبت هذا نقول النظر الى وجه الصبرة كاف
لانه يعرف وصف البقية لانه مكيل يعرف بالنموذج وكذا النظر
الى ظاهر الثوب مما يعلم البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا
كموضع العلم والوجه هو المقصود في الآدمي وهو والكفل في
الدواب فتعتبر رؤية المقصود ولا تعتبر رؤية غيرها وشرط بعضهم
رؤية القوائم والاول هو المروي عن ابي يوسف رحمه الله وفي شاة
اللحم لا بد من الجس لان المقصود هو اللحم وهو يعرف به وفي شاة
القنية لا بد من رؤية الضرع وفيما يطعم لا بد من الذوق لان ذلك
هو المعرف للمقصود ولو رأى صبرة الدقل فلا خيار له وان لم يشاهد
بيوتها وكذا اذا رأى خارج الدار او رأى اشجار البستان من خارج
وعند زفر رحمه الله لا بد من دخول داخل البيوت والاصح ان
جواب الكتاب على وفاق عادتهم في الابنية فان دورهم لم تكن متفاوتة
يومئذ فاما اليوم فلا بد من الدخول في داخل الدار للتفاوت
فالنظر الى الظاهر لا يوقع العلم بالداخل قال ونظر الوكيل
كنظر المشتري حتى لا يرده الا من عيب ولا يكون نظر الرسول كنظره
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هما سواء وله ان يرده قال معناه
الوكيل بالقبض فاما الوكيل بالشراء فرؤيته تسقط الخيار بالاجماع

لما انه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به
وخيار العيب وخيار الشرط والاسقاط قصدا وصار
كما اذا قبضه مستورا ثم راه بعد ذلك واراد ان يسقط
الخيار قصدا ولابي حنيفة رحمه الله ان القبض تام وهو ان
يقبضه وهو يراه وناقص وهو ان يقبضه مستورا وهذا
لان تمامه بتمام الصفقة ولا تتم مع بقاء خيار الرؤية والموكل
ملكه بنوعيه فكذا الوكيل ومتى قبض الموكل وهو يراه سقط
الخيار فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل بخلاف ما اذا قبضه
مستورا فقد وجد القبض ناقصا فقد انتهى التوكيل بالناقص
منه فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك وبخلاف خيار العيب
لانه لا يمنع تمام الصفقة فيتم القبض مع بقائه وخيار الشرط على
الخلاف ولو سلم فالموكل لا يملك التام منه فانه لا يسقط
بقبضه لان الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده فكذا
لا يملكه وكيله وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيئا وانما اليه
تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك التسليم والقبض اذا كان
رسولا في البيع او الشراء وبيع الاعمى وشراؤه جائز وله الخيار
اذا اشترى لانه اشترى ما لم يره وقد ذكرناه من قبل ثم يسقط
خياره بجسه المبيع اذا كان يعرف بالجس وبشمه اذا كان
يعرف بالشم وبذوقه اذا كان يعرف بالذوق كما في الصبرة
ولا يسقط خياره في العقار حتى يوصف له لان الوصف
يقام مقام الرؤية كما في السلم وعن ابي يوسف رحمه الله
اذا وقف في مكان لو كان بصيرا لرآه وقال قد رضيت
سقط الخيار لان التشبه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز
كتحريك الشفتين مقام القراءة في حق الاخرس في الصلوة
واجراء الموسى مقام الحلق في حق من لا شعر له في الحج وقال

الشافعي رحمه الله لا يكون قبضا ما لم يكن الوكيل يقبضه وهو له وهذا اشبه بقول ابي
حنيفة لان رؤية الوكيل رؤية الموكل على ما مر آنفا ومن رأى احد الثوبين
فاشتراهما ثم رأى الآخر جاز له ان يردهما لان رؤية احدهما لا تكون
رؤية الآخر لتفاوت في الثياب فبقي الخيار فيما لم يره وحده بل يردهما
كيلا يكون تفريقا للصفقة قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع
خيار الرؤية قبل القبض وبعده ولهذا يملك الرد بغير قضاء
ولا رضا ويكون فسخا من الاصل ومن مات وله خيار الرؤية بطل
خياره لانه لا يجري فيه الارث عندنا وقد ذكرناه في خيار الشرط
ومن رأى شيئا ثم اشتراه بعد ذلك فان كان على الصفة التي
رآه فلا خيار له لان العلم باوصافه حاصل له بالرؤية السابقة
وبفواته يثبت الخيار الا اذا كان لا يعلم مرئيه لعدم الرضا
به ولو وجده متغيرا فله الخيار لان تلك الرؤية لم تقع معلقة
باوصافه فكأنه لم يره ولو اختلفا في التغير فالقول للبائع
لان التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر الا اذا بعدت المدة
على ما قالوا لان الظاهر شاهد للمشتري بخلاف ما اذا
اختلفا في الرؤية لانها امر حادث والمشتري ينكره فيكون
القول له ومن اشترى عدلا ذرعا ولم يره فباع منه
ثوبا او وهبه وسلمه لم يرد شيئا منها الا من عيب وكذلك خيار
الشرط لانه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه وفي رد ما بقي تفريق
الصفقة قبل التمام لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامها
بخلاف خيار العيب لان الصفقة تتم مع خيار العيب بعد
القبض ولو كانت لا تتم قبله وفيه وضع المسألة فيما اذا قبض
فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية وكذا ذكره
شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يعود
بعد سقوطه كخيار الشرط وعليه اعتمد القدوري رحمه الله

وإذا اطلع المشتري على عيب في المبيع فهو بالخيار إن شاء
أخذه بجميع الثمن وإن شاء رده لأن مطلق العقد يقتضي
وصف السلامة فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به
وليس له أن يمسكه ويأخذ النقصان لأن الأوصاف لا يقابلها
شيء من الثمن في مجرد العقد وإنه لم يرض بزواله عن ملكه
بأقل من المسمى فيتضرر به ودفع الضرر عن المشتري ممكن بالرد بدون
تضرره بالعيب والمراد هو ما قلنا من العيب كان عند البائع
فلم يره المشتري عند البيع ولا عند القبض لأن ذلك رضا به
قال وكل ما أوجب نقصان الثمن في عادة التجار فهو عيب
لأن التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع في
معرفته عرف أهله والإباق والبول في الفراش والسرقة في
الصغير عيب ما لم يبلغ فإذا بلغ فليس ذلك بعيب حتى يعاوده
بعد البلوغ ومعناه إذا ظهرت عند البائع في صغره ثم
حدثت في صغره عند المشتري فله أن يرده لأنه عين ذلك وإن
حدثت بعد بلوغه لم يرده لأنه غيره وهذا لأن سبب هذه
الأشياء تختلف بالصغر والكبر فالبول في الفراش في الصغر لضعف
المثانة وبعد الكبر لداء في الباطن والإباق في الصغر لحب
اللعب والسرقة لقلة المبالاة وهما بعد الكبر لخبث في الباطن
والمراد من الصغير من يعقل فأما الذي لا يعقل فهو صبي لا آبق
فلا يتحقق عيبا قال والجنون في الصغير عيب أبدا ومعناه
إذا اجتنت في الصغر في يد البائع ثم عاودته في يد المشتري فيما دون
الكبر يرده لأنه عين الأول إذ السبب في الحالين متحد وهو فساد
الباطن وليس معناه أنه لا يشترط المعاودة في يد المشتري لأن الله
تعالى قادر على إزالته وإن كان قلما يزول فلا بد من المعاودة للرد

والبخر والنتن عيب في الجارية دون الغلام لأنه يخل بالمقصود
في الجارية وهو الاستفراش وطلب الولد ولا يخل بالمقصود في الغلام
وهو الاستخدام إلا أن يكون الزنا عادة له على ما قالوا لأن
أسباعهن يخل بالخدمة والبلغم عيب فيهما لأن طبع المسلم ينفر
عن صحبة الكافر ولأنه يمنع صرفه في بعض الكفارات فيخل بالرغبة
فلو اشتراه على أنه كافر فوجده مسلما لا يرده لأنه زوال العيب
فلو كان الجارية لا تحيض أو هي مستحاضة فهو عيب لأن ارتفاع
الدم واستمراره علامة الداء ويعتبر في الارتفاع أقصى غاية
البلوغ وهو سبع عشرة سنة فيها عند أبي حنيفة رحمه الله ويعرف ذلك
بقول الأمة فيرد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض وبعده
هو الصحيح وإذا حدث عند المشتري عيب وإطلع على عيب
كان عند البائع فله أن يرجع بالنقصان ولا يرد المبيع لأن في
الرد إضرارا بالبائع لأنه خرج عن ملكه سالما ويعود معيبا
فامتنع ولا بد من دفع الضرر عنه فيتعين الرجوع بالنقصان
لأن يرضى البائع أن يأخذه بعيبه لأنه رضي بالضرر ومن اشترى
ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب لأنه امتنع الرد
بالقطع فإنه عيب حادث فإن قال البائع أنا أقبله كذلك كان
له ذلك لأن الامتناع لحقه وقد رضي فإن باعه المشتري
لم يرجع بشيء لأن الرد غير ممتنع برضا البائع فيصير هو بالبيع
حابسا المبيع فلا يرجع بالنقصان فإن قطع الثوب وخاطه أو
صبغه أحمر أو لت السويق بسمن ثم اطلع على عيب رجع بنقصانه
لامتناع الرد بسبب الزيادة لأنه لا وجه إلى الفسخ في الأصل
بدونها لأنه لا ينفك عنه ولا وجه إليه معها لأن الزيادة ليست بمبيعة
فامتنع أصلا وليس للبائع أن يأخذه لأن الامتناع لحق الشرع

لا يرجع فإن باعه المشتري بعد ما رأى العيب رجع بالنقصان
لأن الرد ممتنع أصلا قبله فلا يكون بالبيع حابسا المبيع وعن
هذا قلنا إن من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه
ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان ولو كان الولد كبيرا يرجع لأن
التمليك حصل في الأول قبل الخياطة وفي الثاني بعدها بالتسليم
إليه قال ومن اشترى عبدا فأعتقه أو مات عنده ثم اطلع على
عيب رجع بنقصانه أما الموت فلأن الملك ينتهي به والامتناع
حكمي لا بفعله وأما الإعتاق فالقياس فيه أن لا يرجع لأن الامتناع
بفعله فصار كالقتل وفي الاستحسان يرجع لأن العتق إنهاء
الملك لأن الآدمي مما خلق في الأصل محلا للملك وإنما يثبت فيه
موقتا إلى الإعتاق فكان إنهاء فصار كالموت وهذا لأن الشيء
يتقرر بانتهائه فيجعل كأن الملك باق والرد متعذر والتدبير
والاستيلاد بمنزلته لأنه تعذر النقل مع بقاء المحل بأمر الحكم
وإن أعتقه على مال لم يرجع بشيء لأنه حبس بدله وحبس
البدل كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أما القتل فالمذكور ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع لأن قتل المولى
عبده لا يتعلق به حكم دنياوي فصار كالموت حتف أنفه
فيكون إنهاء ووجه الظاهر أن القتل لا يوجد إلا مضمونا
وإنما يسقط الضمان هنا باعتبار الملك فيصير كالمستفيد به
عوضا بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لاستحالة كاعتاق
المعسر عبدا مشتركا وأما الأكل فعلى الخلاف عندهما يرجع
وعنده لا يرجع استحسانا وعلى هذا الخلاف إذا لبس الثوب
حتى تخرق وهما أنه صنع في المبيع ما يقصد به إصلاحه وبعمله
فعله فيه فأشبه الإعتاق وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون
منه في المبيع فأشبه البيع والقتل ولا معتبر بكونه مقصودا

والبيع

لا يرى أنه إذا قطع بالشرى ثم هو يمتنع الرجوع ولو أكل بعض
الطعام ثم علم بالعيب فكذا الجواب عند أبي حنيفة رحمه الله لأن الطعام
كشيء واحد فصار كبيع البعض وعنهما أنه يرجع بنقصان العيب
في الكل وعنهما أنه يرد ما بقي لأنه لا يضره التبعيض قال
ومن اشترى حنطة أو بطيخا أو قثاء أو خيارا أو جوزا فكسره
فوجده فاسدا فإن لم ينتفع به رجع بالثمن كله لأنه ليس بمال
فكان البيع باطلا ولا يعتبر في الجوز صلاح قشره على ما قيل
لأن ماليته باعتبار اللب ولو كان ينتفع به مع فساده لم يرده
لأن الكسر عيب حادث ولكنه يرجع بنقصان العيب دفعا
للضرر بقدر الإمكان وقال الشافعي رحمه الله يرده لأن الكسر
تسليط منه قلنا إن التسليط على الكسر في ملك المشتري لا في
ملكه فصار كما إذا كان ثوبا فقطعه ولو وجد البعض فاسدا
وهو قليل جاز البيع استحسانا لأنه لا يخلو عن قليل فاسد والقليل
ما لا يخلو عنه الجوز عادة كالواحد والاثنين في المائة ولو كان الفاسد
كثيرا لا يجوز ويرجع بكل الثمن لأنه جمع بين المال وغيره فصار كالجمع
بين الحر والعبد ومن باع عبدا فباعه المشتري ثم رد بالعيب عليه
فإن قبل بقضاء القاضي بإقراره أو ببينة أو بإباء جاز له أن يرده
على بائعه لأنه فسخ من الأصل فجعل كأن لم يكن غاية الأمر أنه
أنكر قيام العيب لكنه صار مكذبا شرعا بالقضاء ومعنى القضاء
بالإقرار أنه أنكر الإقرار فأثبت بالبينة وهذا بخلاف الوكيل بالبيع إذا
رد عليه بالبينة حيث يكون ردا على الموكل لأن البيع هناك واحد
والموجود هنا بيعان فبفسخ الثاني لا ينفسخ الأول فإن قبل بغير
قضاء القاضي ليس له أن يرده لأنه بيع جديد في حق الثالث ولو كان
فسخا في حقهما والأول ثالثهما وفي الجامع الصغير ولو رد عليه
بغير قضاء بعيب لا يحدث مثله لم يكن للمشتري الخاصم الذي باعه وهذا

تبيين الجواب فيما يحدث عنده وفيما لا يحدث سواء

البيوع أن فيما لا يحدث عنده يرجع للتيقن بقيام العيب عند البائع
الأول ومن اشترى عبدا فقبضه فادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن
حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة لأنه أنكر وجوب دفع
الثمن حيث أنكر تعيين حقه بدعوى العيب ودفع الثمن أولا
لتعين حقه بإزاء تعين المبيع ولأنه لو قضي بالدفع فلعله
يظهر العيب فينتقض القضاء ولا يقضى به صونا للقضاء به
فإن قال المشتري شهودي بالشام استحلف البائع ودفع
الثمن يعني إذا حلف لأن في الانتظار ضررا بالبائع وليس في الدفع
كثير ضرر به لأنه على حجته إما إذا نكل ألزم العيب لأنه حجة فيه
ومن اشترى عبدا فادعى إباقا لم يحلف البائع حتى يقيم المشتري
البينة أنه أبق عنده والمراد بالتحليف على العلم ما يبقى عنده لأن
القول قوله لكن إنكاره إنما يعتبر بعد قيام العيب
في يد المشتري ومعرفته بالحجة فإذا أقامها حلف بالله لقد باعه
وسلمه إليه وما أبق عندك قط كذا قال في الكتاب ولو شاء حلفه
بالله ما له حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي أو بالله ما أبق
عندك قط أما لا يحلف فيه بالله لقد باعه وما به هذا العيب ولا
بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لأن فيه ترك النظر
للمشتري لأن العيب قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو موجب
للرد والأول ذهول عنه والثاني يوهم تعلقه بالشرطين فيتأول
باليمين عند قيامه وقت التسليم دون البيع ولو لم يجد المشتري
بينة على قيام العيب عنده وأراد تحليف البائع ما يعلم أنه أبق
يحلف على قولهما واختلف المشايخ على قول أبي حنيفة رحمه الله
لهما أن الدعوى معتبرة حتى تترتب عليه البينة فكذا يترتب التحليف
وله على ما قاله البعض أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة وليس

الا من خصم ولا يعتبر خصما فيه إلا بعد قيام العيب وإذا نكل عن اليمين
عندهما يحلف ثانيا للرد على الوجه الذي قدمناه والرضا الله عنه إذا
كان المدعي في إباق الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لأن
الإباق في الصغر لا يوجب الرد بعد البلوغ ومن اشترى جارية
وتقابضا فوجد بها عيبا فقال البائع بعتك هذه وأخرى
معها وقال المشتري بعتنيها وحدها فالقول قول المشتري لأن
الاختلاف في مقدار المقبوض فيكون القول للقابض كما في
الغصب وكذا إذا اتفقا على مقدار المبيع واختلفا في المقبوض
لما بينا ومن اشترى عبدين صفقة واحدة وقبض أحدهما ووجد
بالآخر عيبا فإنه يأخذهما أو يدعهما لأن الصفقة تتم بقبضهما
فيكون تفريقها قبل التمام وقد ذكرناه وهذا لأن المقبوض له شبه
بالعقد والتفريق فيه كالتفريق في العقد ولو وجد في المقبوض عيبا
اختلفوا فيه ويروى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يرده خاصة والأصح
أنه يردهما أو يأخذهما لأن تمام صفقته تعلق بقبض المبيع
وفراغه للكل وصار كجنس المبيع لما تعلق نوالة باستيفاء الثمن
لا يزول دون قبض جميعه ولو قبضهما ثم وجد في أحدهما عيبا يرده
خاصة خلافا لزفر رحمه الله هو يقول فيه تفريق الصفقة ولأبي حنيفة
عن ضرر أن العلة جرت بضم الجيد إلى الردي فأشبه ما
قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا أنه تفريق بعد التمام
لأن بالقبض تتم الصفقة في خيار العيب وفي خيار الرؤية والشرط
لا يتم به على ما مر ولهذا لو اشترى أحدهما ليس له أن يرد الآخر
شيئا مما يكال أو يوزن فوجد في بعضه عيبا رده كله لا
أخذه وحده بعد القبض لأن المكيل إذا كان من جنس واحد فهو
واحد ألا ترى أنه يسمى باسم واحد وهو الكر وغيره وقيل هذا إذا
كان في وعاء واحد وإن كان في وعاءين فهو بمنزلة عبدين

يرى الوعاء الذي وجد به العيب دون الآخر وهو بعضه
خيار له في رده ما بقي لأنه لا يضره التبعيض والاستحقاق لا يمنع
تمام الصفقة لأن تمامها برضا العاقد لا برضا المالك وهذا إذا كان
بعد القبض أما إذا كان ذلك قبل القبض له أن يرد الباقي لتفرق الصفقة
قبل التمام وإن كان ثوبا فله الخيار لأن التشقيص فيه عيب وقت
كان وقت البيع حيث ظهر الاستحقاق بخلاف المكيل والموزون ومن
اشترى جارية فوجدها قرحاء فداواها أو كانت دابة فركبها في حاجته
فهو رضا لأن ذلك دليل قصده الاستبقاء بخلاف خيار الشرط لأن
ثمة الخيار هناك للاختبار وإنه بالاستعمال فلا يكون الركوب
مسقطا وإن ركبها ليردها على بائعها أو ليسقيها أو ليشتري لها
علفا فليس برضا أما الركوب للرد فلأنه سبب الرد والجواب في
السقي واشتراء العلف محمول على ما إذا كان لا يجد بدا منه إما لصعوبتها
أو لعجزه أو لكون العلف في محل واحد أما إذا كان يجد بدا منه
لانعدام ما ذكرناه يكون رضا وإن اشترى عبدا فدبره
ولم يعلم به فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن عند أبي حنيفة
رحمه الله وقالا يرجع بما بين قيمته سارقا إلى غير سارق وعلى هذا
الخلاف إذا قتل بسبب وجد عند البائع والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق
عنده وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب
القطع والقتل وإنه لا ينافي المالية فنفذ العقد فيه لكنه متعيب
فيرجع بنقصان العيب عند تعذر رده فصار كما إذا اشترى
جارية حاملا فماتت في يده بالولادة فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا
إلى غير حامل وله أن سبب الوجوب في يد البائع والوجوب يفضي
إلى الوجود فيكون الوجود مضافا إلى السبب السابق وصار كما
إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب
وما ذكر من المسألة ممنوعة ولو سرق في يد البائع ثم في يد المشتري

فقطع بهما عندهما يرجع بالنقصان كما ذكرنا وعنده لا يرده بدون
رضا البائع للعيب الحادث ويرجع بربع الثمن وإن قتله البائع
فبثلثة الأرباع لأن اليد من الآدمي نصفه وقد تلفت بالجنايتين
وفي إحداهما الرجوع فيتنصف ولو تداولته الأيدي ثم قطع
في يد الأخير رجع الباعة بعضهم على بعض عنده كما في الاستحقاق
وعندهما يرجع الأخير على بائعه ولا يرجع بائعه على بائعه لأنه بمنزلة
العيب وقوله في الكتاب ولم يعلم المشتري يفيد على مذهبهما لأن العلم
رضا به ولا يفيد على قوله في صحيح لأن العلم بالاستحقاق لا
يمنع الرجوع ومن باع عبدا وشرط البراءة من كل عيب فليس له
أن يرده بعيب وإن لم يسم العيوب بعددها وقال الشافعي رحمه الله
لا تصح البراءة بناء على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح
وهو يقول إن في الإبراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد وتمليك المجهول
لا يصح ولنا أن الجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة وإن كان
في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم فلا تكون مفسدة وتدخل
في هذه البراءة العيب الموجود والحادث قبل القبض في قول أبي
يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيها الحادث وهو قول
زفر رحمه الله لأن البراءة تتناول الثابت وله أن أبي يوسف أن الغرض
إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة
عن الموجود والحادث

باب البيع الفاسد

وإذا كان أحد العوضين أو كلاهما
محرما فالبيع فاسد كالبيع بالميتة والدم والخمر والخنزير وكذا
إذا كان غير مملوك كالحر قال الشيخ الإسلام رحمه الله هذه فصول
جمعها وفيها تفصيل نبينها إن شاء الله تعالى فنقول البيع بالميتة
والدم باطل وكذا بالحر لانعدام ركن البيع وهو مبادلة المال
بالمال فإن هذه الأشياء لا تعد مالا عند أحد والبيع بالحر والخنزير

فاسد لوجود حقيقة البيع وهو مبادلة المال بالمال فانه مال عند البعض
والباطل لا يملك التصرف ولو هلك المبيع في يد المشتري فيه يكون امانة
عند بعض المشايخ لان العقد لم يعتبر فبقي القبض باذن المالك وعند
البعض يكون مضمونا لانه لا يكون ادنى حالا من المقبوض على سوم
الشراء وقيل الاول قول ابي حنيفة رحمه الله والثاني قولهما كما في بيع
ام الولد والمدبر على ما نذكر ان شاء الله تعالى والفاسد يفيد الملك
عند اتصال القبض به ويكون المبيع مضمونا في يد المشتري فيه وفيه
خلاف الشافعي رحمه الله ونذكره ان شاء الله تعالى ولذا بيع الحر
والدم والميتة باطل لانها ليست اموالا فلا تكون محلا للبيع واما بيع
الخمر والخنزير لو كان قوبل بالذهب كالدراهم والدنانير فالبيع باطل
وان كان قوبل بشيء معين فالبيع فاسد حتى يملك ما يقابله ولو كان
لا يملك عين الخمر والخنزير وجه الفرق وهو ان الخمر مال وكذا الخنزير
مال عند اهل الذمة الا انه غير متقوم لان الشرع امر باهانته
وترك اعزازه وفي تملكها بالعقد مقصودا وهذا لانه متى
اشتراها بالدراهم فالدراهم غير مقصودة لكونها وسيلة لما انها
تجب في الذمة وانما المقصود الخمر فيسقط التقوم اصلا بخلاف ما
اذا اشترى الثوب بالخمر لان مشتري الثوب انما يقصد تملك الثوب
بالخمر وفيه اعزاز الثوب دون الخمر ففي ذكر الخمر معتبرا في تملك الثوب
لا في حق نفس الخمر حتى فسدت التسمية ووجبت قيمة الثوب دون
الخمر وكذا اذا باع الخمر بالثوب لانه يعتبر شراء الثوب بالخمر لكونه
مقايضة قال وبيع ام الولد والمدبر والمكاتب فاسد ومعناه
باطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد لقوله عليه السلام
اعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر في الحال لبطلان
الاهلية بعد الموت والمكاتب استحق بالاداء على نفسه لانه لا زمة في حق
المولى ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله فلا يجوز ولو رضي المكاتب

بالبيع ففيه روايتان والاظهر الجواز والمراد المدبر المطلق دون
المقيد وفي المطلق خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في العتاق
وان ماتت ام الولد والمدبر في يد المشتري فلا ضمان عليه عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا عليه قيمتها وهو رواية عنه لهما انه
مقبوض بجهة البيع فيكون مضمونا عليه كساير الاموال ولهذا ان
المدبر وام الولد يرجعان بالثمن حتى يملك ما ينضم اليهما في البيع
بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق في حقه القبض وهذا
الضمان به وله ان جهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة
وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما
في البيع في حق انفسهما وانما ذلك ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما
فصار كالمشتري لا يدخل في حكم عقده بانفراده وانما يثبت حكم
الدخول فيما ضمه اليه كذا هنا قال ولا يجوز بيع السمك
في الماء قبل ان يصطاد لانه باع ما لا يملكه ولا في حظيرة اذا كان لا يؤخذ
الا بصيد لانه غير مقدور التسليم ومعناه اذا اخذه لم القاه
فيها ولو كان يؤخذ من غير حيلة جاز الا اذا اجتمعت فيها بانفسها
ولم يشد عليها المدخل لعدم الملك قال ولا يجوز بيع الطير
في الهواء لانه غير مملوك قبل الاخذ وكذا لو ارسله من يده لانه
غير مقدور التسليم ولا بيع الحمل ولا النتاج لنهي النبي عليه السلام
عن بيع الحبل وحبل الحبلة ولان فيه غررا ولا اللبن في الضرع المغرر
فعساه انتفاخ ولانه يتنازع في كيفية الحلب وربما يزداد فيختلط
المبيع الى غيره ولا الصوف على ظهر الغنم لانه من اوصاف الحيوان
ولانه ينبت من اسفل فيختلط المبيع بغيره بخلاف اللوايم لانها تزيد
من الاعلى وبخلاف القصيل لانه يمكن قلعه والقطع في الصوف متعين
فيقع التنازع في موضع القطع وقد صح انه نهى عليه السلام عن
بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن في ضرع وسمن في لبن وهو حجة

على ابي يوسف رحمه فيما روي عنه انه جوز بيع الصوف في
في سقف وذراع من ثوب ذكرا القطع او لم يذكراه لانه لا يمكن تسليمه
الا بضرر يلحقه فاما اذا باع عشرة دراهم من نقرة فضة لانه لا ضرر في
تبعيضه ولو لم يكن معينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة ايضا ولو قطع
البائع الذراع او قلع الجذع قبل ان يفسخ المشتري يعود صحيحا
لزوال المفسد بخلاف ما اذا باع النوى في التمر او البذر في البطيخ
حيث لا يكون صحيحا ولو شقهما واخرج المبيع لان في وجودهما
اجتماع الاصل والجذع نعين موجود قال وضربة القانص وهو ما
يخرج من الصيد بضرب الشبكة مرة لانه مجهول ولان فيه غررا
قال وبيع المزابنة وهو بيع التمر على النخيل بتمر مجذوذ مثل كيله
خرصا لانه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة والمحاقلة هو المزابنة ما ذكرناه
والمحاقلة بيع الحنطة في سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا ولانه باع
مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين
على الارض وكذا العنب بالزبيب على هذا وقال الشافعي رحمه الله
يجوز فيما دون خمسة اوسق لانه عليه السلام نهى عن المزابنة ورخص
في العرايا وهو ان يبيع خرصها تمرا فيما دون خمسة اوسق ولنا
العرية العطية لغة وتاويله ان يبيع المعري ما على النخل من المعرى
بتمر مجذوذ وهو بيع مجاز لانه لم يملكه فيكون بزا بمثله ولا يجوز البيع
بالفاء الجزاف والملامسة والمنابذة وهذه بيوع كانت في الجاهلية وهو ان
يقول الرجلان على سلعة ان لمسها او مان فاذا لمسها المشتري
او نبذها اليه البائع او وقع المشتري اذا كان عليها ثوب مقصود
بوضعها الكلام والوجه هو المقصود في ادب وجود الكفار
الى في معنى فيه المقصود والاصل هو ما روي عن ابي يوسف رحمه الله وفي ظاهر الرواية
الصرح وفيما تعلم لا بد من الدوق لان ذلك هو المعرف له المقصود

المشتري عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثاني بيع
المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع الملامسة
والمنابذة ولان فيه تعليقا بالخطر ولا يجوز ثوب من ثوبين لجهالة المبيع
ولو قال على انه بالخيار في ايهما اخذ جاز البيع استحسانا وقد ذكرناه
بفروعه ولا يجوز بيع المراعي ولا اجارتها والمراد الكلاء اما البيع
فلانه وارد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث واما الاجارة
فلانها عقدت على استهلاك عين مباح ولو عقدت على استهلاك
عين مملوك بان استاجر بقرة ليشرب البانها لا يجوز فهذا اولى
ولا يجوز بيع النحل عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله
يجوز اذا كان محرزا وهو قول الشافعي رحمه الله لانه حيوان منتفع به
حقيقة وشرعا فيجوز بيعه وان كان لا يؤكل كالبغل والحمار ولهما انه
من الهوام فلا يجوز بيعه كالزنابير والانتفاع بما يخرج منه لا بعينه فلا
يكون منتفعا به قبل الخروج حتى لو باع كوارة فيها عسل لها فيها
النحل يجوز تبعا له كذا ذكره الشيخ الكرخي رحمه الله ولا يجوز بيع دود
القز عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لمكان الضرورة وقيل ابو
يوسف مع ابي حنيفة كما في دوده والحمام اذا علم عددها وامكن
تسليمها جاز بيعها لانه مال مقدور التسليم ولا يجوز بيع الابق
لنهي النبي عليه السلام عنه ولانه لا يقدر على تسليمه قال
ان يبيعه من رجل زعم انه عبده لان المنهي بيع آبق مطلق وهو
ان يكون آبقا في حق المتعاقدين وهذا غير آبق في حق المشتري
ولانه اذا كان عند المشتري انتفى العجز عن التسليم وهو المانع
ثم لا يصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده وكان يشهد انه امانة
عنده وقبض الامانة لا ينوب عن قبض البيع ولو كان لم يشهد
لم يصير قابضا لانه قبض غصب ولو قال هو عبد فلان
فبعته مني فباعه لا يجوز لانه آبق في حق المتعاقدين ولانه لا يقدر

على تسليمه ولو باع الآبق لم يجز من الإباق لا يتم ذلك العقد لأنه
وقع باطلا لانعدام المحل كبيع الطير في الهواء وعن أبي حنيفة رحمه الله
أنه يتم العقد إذا لم يفسخ لأن العقد إنعقد لقيام المالية والمانع
قد ارتفع وهو العجز عن التسليم كالرواية بعد البيع وهكذا يروى
عن محمد ولا يبيع لبن امرأة في قدح وقال الشافعي رحمه الله يجوز بيعه لأنه
مشروب طاهر ولنا أنه جزء الآدمي وهو بجميع أجزائه مكرم مصون
عن الابتذال بالبيع ولا فرق في ظاهر الرواية بين لبن الحرة والأمة وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز بيع لبن الأمة يجوز إيراد العقد على نفسها
فكذا على جزوها ولنا الرق قد حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه
لأنه يختص بمحل القوة التي هي ضده وهو الحي ولا حيوة في اللبن ولا يجوز
بيع شعر الخنزير لأنه نجس العين فلا يجوز بيعه إهانة له ويجوز الانتفاع
به للخرز للضرورة فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه ويوجد مباح الأصل
فلا حرمة إلى البيع ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف وعند
محمد لا يفسده لأن إطلاق الانتفاع به يدل على طهارته وله أبي يوسف رحمه الله
أن الإطلاق للضرورة فلا يظهر إلا في حالة الاستعمال وحالة الوقوع
تغايرها ولا يجوز بيع شعور الإنسان والانتفاع بها لأن الآدمي مكرم
مبتذل فلا يجوز أن يكون من أجزائه مهانا مبتذلا وقد قال عليه السلام
لعن الله الواصلة والمستوصلة الحديث وإنما يرخص فيما يتخذ من
الوبر فيزيد في قرون النساء وذوائبهن ولا بيع جلود الميتة قبل
أن تدبغ لأنه غير منتفع به وقال عليه السلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب
وهو اسم لغير المدبوغ على ما مر في كتاب الصلوة ولا بأس ببيعها والانتفاع
بها بعد الدباغ لأنها طهرت بالدباغ وقد ذكرناه في كتاب الصلوة ولا
بأس ببيع عظام الميتة وعصبها وصوفها وقرنها وشعرها ووبرها و
الانتفاع بذلك كله لأنها طاهرة لا تحلها الموت لعدم الحيوة وقد ذكر
من قبل والفيل عند محمد رحمه الله كالخنزير نجس العين وعندهما بمنزلة

السباع حتى يباع عظمه وينتفع به قال وإذا كان السفل
لرجل وعلوه لآخر فسقطا أو سقط العلو وحده فباع صاحب
العلو علوه لم يجز لأن حق التعلي ليس بمال لأن المال ما يمكن
إحرازه والمال هو المحل للبيع بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه
تبعا للأرض باتفاق الروايات ومفردا في رواية وهو اختيار
مشايخ بلخ رحمهم الله لأنه حظ من الماء وكهذا يضمن بالإتلاف
وله قسط من الثمن على ما ذكر في كتاب الشرب وبيع الطريق
وهبته جائز وبيع مسيل الماء وهبته باطل والمسألة تحتمل وجهين
بيع رقبة الطريق والمسيل وبيع حق المرور والتسييل
فإن كان الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم
لأن له طولا وعرضا معلوما أما المسيل مجهول لأنه لا يدري قدر
ما يشغله من الماء وإن كان الثاني ففي بيع حق المرور روايتان
ووجه الفرق على إحدى روايتيه وبين حق التسييل أن حق المرور
معلوم لتعلقه بمحل معلوم وهو الطريق أما المسيل على السطح
فهو نظير حق التعلي وعلى الأرض مجهول لجهالة محله ووجه الفرق
بين حق المرور وحق التعلي على إحدى الروايتين أن حق التعلي يتعلق
بعين لا يبقى وهو البناء فأشبه المنافع أما حق المرور يتعلق بعين
تبقى وهو الأرض فأشبه الأعيان ومن باع جارية فإذا هو غلام
فلا بيع بينهما بخلاف ما إذا باع كبشا فإذا هو نعجة حيث ينعقد البيع
فيتخير والفرق يبتنى على الأصل الذي ذكرناه في كتاب النكاح لمحمد رحمه الله
وهو أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا ففي مختلفي الجنس يتعلق
العقد بالمسمى ويبطل لانعدامه وفي متحدي الجنس يتعلق بالمشار إليه
ويتعقد لوجوده ويتخير لفوات الوصف كمن اشترى عبدا
على أنه خباز فإذا هو كاتب وفي مسألتنا الذكر والأنثى من بني آدم
جنسان لتفاوت في الأغراض وفي الحيوانات جنس واحد للتقارب

فيه وهو المستبرئ هذا دون الأصل كالخل والدبس جنسان والوذارى
والزنديجي على ما قالوا جنسان مع اتحاد اصلهما ومن اشترى جارية بالف
درهم حالة او نسيئة فقبضها ثم باعها من البايع بخمسمائة قبل ان ينقد الثمن
الاول لا يجوز البيع الثاني وقال الشافعي رحمه الله يجوز لان الملك قد تم
فيها بالقبض فصار البيع من البايع ومن غيره سواء وصار كما لو باع بمثل
الثمن الاول او بالزيادة او بالعرض ولنا قول عايشة رضي الله عنها
لتلك المراة وقد باعت بستمائة بعدما اشترته بثمان مائة بئسما شريت
واشتريت ابلغي زيد بن ارقم ان الله تعالى ابطل حجته وجهاده مع رسول
الله عليه السلام ان لم يتب ولان الثمن لم يدخل في ضمانه فاذا وصل
اليه المبيع ووقعت المقاصة بقي له فضل خمسمائة وذلك بلا عوض
بخلاف ما اذا باع بالعرض لان الفضل انما يظهر عند المجانسة ومن
جارية بخمسمائة ثم باعها واشتريها من البايع قبل ان ينقد الثمن
بخمسمائة فالبيع جايز في التي لم يشترها من البايع ويبطل في الاخرى
لانه لا بد ان يجعل بعض الثمن مقابلة التي لم يشترها منه فيكون مشتريا
الاخرى باقل مما باع وهو فاسد عندنا ولم يوجد هذا المعنى في صاحبتها
ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه او لانه باعتبار
شبهة الربوا او لانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن او المقاصة
فلا يسري الى غيرها ومن اشترى زيتا على ان يزنه بظرفه فيطرح عنه
مكان كل ظرف خمسين رطلا فهو فاسد وان اشترى على ان يطرح عنه
بوزن الظرف جاز لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثاني يقتضيه
ومن اشترى سمنا في زق فرد الظرف وهو عشرة ارطال فقال البايع هو
الزق غير هذا وهو خمسة ارطال فالقول قول المشتري لانه ان اعتبر
اختلافا في تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمينا كان او امينا
وان اعتبر اختلافا في السمن فهو في الحقيقة اختلاف في الثمن
فيكون القول قول المشتري لانه ينكر الزيادة قال واذا اسلم المسلم نصرانيا

يبيع خمرا له او شرائها ففعل جاز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز على المسلم
وعلى هذا الخلاف الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم غيره ببيع الصيد لهما ان
الموكل لا يليه فلا يوليه غيره ولان ما يثبت للوكيل ينتقل اليه فصار
كانه باشره بنفسه فلا يجزيه وله ان ابي حنيفة رحمه الله ان العاقد هو الوكيل
باهليته وولايته وانتقال الملك الى الآمر امر حكمي فلا يمتنع بسبب الاسلام
كما اذا وهبها ثم ان كان خمرا يخللها وان كان خنزيرا يسيبه ومن باع
عبدا على ان يعتقه المشتري او يدبره او يكاتبه او امة على ان يستولدها
فالبيع فاسد لان هذا بيع وشرط وقد نهى النبي عليه السلام عن بيع وشرط ثم جملة
المذهب فيه ان يقال كل شرط يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري
لا يفسد العقود لثبوته بدون الشرط وكل شرط لا يقتضيه العقد وفيه
منفعة لاحد المتعاقدين او للمعقود عليه وهو من اهل الاستحقاق يفسده
كشرط ان لا يبيع المشتري العبد المبيع لان فيه زيادة عارية عن
العوض فيؤدي الى الربوا او لانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد
عن مقصوده الا ان يكون متعارفا لان العرف قاض على القياس ولو
كان لا يقتضيه العقد ولا منفعة فيه لاحد لا يفسده وهو الظاهر
المذهب كشرط ان لا يبيع المشتري الدابة المبيعة لانه ان عدمت المطالبة
فلا يؤدي الى الربوا ولا يؤدي الى المنازعة اذا ثبت هذا نقول هذه
الشروط لا يقتضيها العقد لان قضيته الاطلاق في التصرف والتجارة
لا الالزام حتما والشرط يقتضي ذلك وفيه منفعة للمعقود عليه والشافعي
رحمه الله وان كان يجيز الاستثناء العتق ويقيسه على بيع العبد نسمة فالحجة
عليه ما ذكرنا وتفسير البيع نسمة ان يباع ممن يعلم انه يعتقه لا ان يشترط
فيه فلو اعتق المشتري بعدما اشتراه بشرط العتق صح البيع حتى يجب
عليه الثمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا هو فاسد حتى يجب عليه القيمة
لان البيع قد وقع فاسدا فلا ينقلب جايزا كما اذا تلف بوجه له ولابي حنيفة
رحمه الله ان شرط العتق من حيث ذاته لا يلايم العقد على ما ذكرناه ولكن

من حيث حكمه بلا بدل لانه شرط الملك والشيء بانتهائه ينفرد ولهذا لا يمنع
العتق الرجوع بنقصان العيب فاذا تلف من وجه آخر لم يتحقق الملائمة
فيتقرر الفساد واذا وجد العتق تحققت الملائمة فيرجح جانب الجواز كما
الحال قبل ذلك موقوفا وكذلك لو باع عبدا على ان يستخدمه البائع شهرا او
دارا على ان يسكنها او على ان يقرضه المشتري درهما او على ان يهدي له
هدية لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه
عليه السلام نهى عن بيع وسلف ولانه لو كان الخدمة والسكنى يقابلهما
شيء من الثمن يكون اجارة في بيع ولو كان لا يقابلهما يكون اعارة في بيع
وقد نهى النبي عليه السلام عن صفقتين في صفقة ومن باع عينا على ان لا
يسلمها الى رأس الشهر فالبيع فاسد لان الاجل في المبيع العين باطل
فيكون شرطا فاسدا وهذا لان الاجل شرع ترفيها فيليق بالديون دون
الاعيان ومن اشترى جارية الا حملها فسد البيع ولا مثل له لانه لا يصح
افراده بالعقد لا يصح استثناؤه من العقد والحمل من هذا القبيل
وهذا لانه بمنزلة اطراف الحيوان لاتصاله به خلقة وبيع الاصل يتناولها
فالاستثناء يكون على خلاف الموجب فلم يصح فيصير شرطا فاسدا والبيع
يبطل به والكتابة والاجارة والرهن بمنزلة البيع انها تبطل بالشروط
الفاسدة غير ان المفسد في الكتابة ما يمكن في صلب العقد
والهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لا يبطل
باستثناء الحمل بل يبطل الاستثناء لان هذه العقود لا تبطل بالشرط
الفاسد وكذا الوصية لا تبطل به لكن يصح الاستثناء حتى يكون الحمل
ميراثا والجارية وصية لان الوصية اخت الميراث والميراث يجري
فيما في البطن بخلاف ما اذا استثنى حدمته لان الميراث لا يجري فيها
ومن اشترى ثوبا على ان يقطعه البائع ويخيطه قميصا او قباء فالبيع
فاسد لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه
يصير صفقة على ما مر ومن اشترى نعلا على ان يحذوه البائع او يشركه

فالبيع فاسد قال الشيخ الاسلام رحمه الله ما ذكره جواب القياس وجه ما ذكرنا
وفي الاستحسان يجوز للتعامل فيه فصار كصبغ الثوب والتعامل
جوزنا الاستصناع قال والبيع الى النيروز والمهرجان وصوم
النصارى وفطر اليهود اذا لم يعرف المتبايعان ذلك فاسد لجهالة
الاجل وهي مفضية الى المنازعة في البيع لابتنائها على المماكسة
اذا كانا يعرفانه لكونه معلوما عندهما او كان التأجيل الى فطر النصارى
بعد ما شرعوا في صومهم لان مدة صومهم معلومة بالايام فلا جهالة
ولا يجوز البيع الى قدوم الحاج وكذا الى الحصاد والدياس والقطاف
والجزاز لانها تتقدم وتتأخر ولو كفل الى هذه الاوقات جاز لان
الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة وهذه الجهالة يسيرة متدارك
لاختلاف الصحابة رضوان الله عليهم اجمعين فيها ولانه معلوم
الاصل الا ترى انها تحتمل الجهالة في اصل الدين بان تكفل بما ذاب
على فلان ففي الوصف اولى بخلاف البيع فانه لا يحتملها في اصل الثمن
فكذا في وصفه بخلاف ما اذا باع مطلقا ثم اجل الثمن الى هذه الاوقات
حيث جاز لان هذا تأجيل في الدين وهذه الجهالة فيه متحملة بمنزلة
الكفالة ولا كذلك اشتراطه في اصل العقد لانه يبطل بالشرط
الفاسد ولو باع الى هذه الآجال ثم تراضيا باسقاط الاجل قبل ان
ياخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع ايضا
وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وصار
كاسقاط الاجل في النكاح الى اجل ولنا ان الفساد للمنازعة وقد
ارتفعت قبل تقررها وهذه الجهالة في شرط زائد لا في صلب العقد
فيمكن اسقاطه بخلاف ما اذا باع الدرهم بالدرهمين ثم اسقط الدرهم
الزائد لان الفساد في صلب العقد وبخلاف النكاح الى اجل لانه
متعة وهو عقد غير عقد النكاح وقوله في الكتاب تراضيا خرج
وفاقا لمن منزلة الاجل يستبد باسقاطه لانه خالص حقه ومن جمع

بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله
وقالا إن سمى لكل واحد ثمنا جاز في العبد وإن جمع بين عبده وعبد غيره صح البيع في العبد بحصته من الثمن عند الثلثة وعنه
زفر رحمه الله فسد فيهما ومتروك التسمية عامدا كالميتة والمكاتب وأم
الولد كالمدبر له الاعتبار بالفصل الأول إذ مجلية البيع منتفية
بالإضافة إلى الكل ولهما أن الفساد بقدر المفسد فلا يتعدى إلى القن
لكن جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد
لأنه مجهول له أبي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين لزفر لا يدخل
تحت العقد أصلا لأنه ليس بمال والبيع صفقة واحدة فكان
القبول في الحر شرطا للبيع في العبد وهذا شرط فاسد بخلاف
النكاح لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة أما البيع فهو لا يتوقف
وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية ولهذا ينعقد في عبد الغير
بإجازته وفي المكاتب برضاه في الأصح وفي المدبر بقضاء القاضي
وكذا في أم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لأن المالك
باستحقاقه البيع وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع فكان
هذا إشارة إلى البقاء كما إذا اشترى عبدين وهلك أحدهما قبل القبض
وهذا لا يكون شرطا لقبول في غير المبيع ولا بيعا بالحصة ابتداء و
لهذا لا يشترط بيان ثمن كل واحد فيه

فصل في أحكامه

وإذا قبض المشتري المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي الغصب
عوضان كل واحد منهما مال ملك المبيع ولزمته قيمته وقال الشافعي
رحمه الله لا يملكه وإن قبضه لأنه محظور فلا تنال به نعمة الملك
ولأن النهي يقتضي المشروعية للتضاد ولهذا لا ينفذ قبل القبض وصار
كما إذا باع بالميتة أو باع بالدم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله
مضافا إلى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء في الأهلية والمحلية
وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهي يقرر المشروعية

عند الاقتضاء إذ التصور فتنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك وأما
المحظور ما يجاوره كما في البيع وقت النداء وإنما لا يثبت الملك قبل القبض
كيلا يؤدي إلى تقرير الفساد المجاور إذ هو واجب الرفع بالاسترداد
فيمتنع عن المطالبة أولى ولأن السبب قد ضعف كان اقترانه
بالقبيح فيشترط اعتضاده بالقبض في إفادة الحكم بمنزلة الهبة والميتة
ليست بمال فانعدم الركن ولو كان الخمر ثمنا فقد رجحناه وشيء آخر وهو
أن في الخمر الواجب هو القيمة وهي تصلح ثمنا لا مثمنا ثم شرط أن
يكون القبض بإذن البائع وهو الظاهر إلا أنه يكتفى به دلالة
كما إذا قبضه في مجلس العقد استحسانا هو الصحيح لأن البيع
تسليط منه على القبض فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم
ينهه كان بحكم التسليط السابق وكذا القبض في مجلس العقد
يصح استحسانا وشرط أن يكون في العقد عوضا كل واحد منهما
مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال فيخرج عليه
البيع بالميتة والدم والحر والريح والبيع مع نفي الثمن وقوله
لزمته قيمته في ذوات القيم فأما في ذوات الأمثال يلزمه المثل لأنه
مضمون بنفسه بالقبض فشابه الغصب وهذا لأن المثل صورة
ومعنى أعدل من المثل معنى وكل واحد من المتعاقدين فسخه رفعا
للفساد وهذا قبل القبض ظاهر لأنه لم يوجد منه فيكون الفسخ
امتناعا منه وكذا بعد القبض إذا كان الفساد في صلب العقد لقوته
ولو كان الفساد لشرط زائد فلمن له الشرط ذلك دون
من عليه لقوة العقد إلا أنه لم يتحقق الرضاء في حق من له فإن باعه
المشتري نفذ بيعه لأنه ملكه فملك التصرف فيه وسقط حق الاسترداد
لتعلق حق العبد بالثاني ونقض الأول لحق الشرع وحق
العبد مقدم لحاجته ولأن الأول مشروع بأصله دون وصفه
والثاني مشروع بأصله ووصفه فلا يعارضه مجرد الوصف

ولأنه حصل بتسليط من جهة البائع بخلاف تصرف المشتري في الدار
المشفوعة لأن كل واحد منهما حق العبد ويستويان في المشروعية
وبما حصل بتسليط من الشفيع ومن اشترى عبدا بخمر أو خنزير فقبضه
وأعتقه أو باعه أو وهبه فهو جائز وعليه قيمته لما ذكرنا أنه
ملكه بالقبض فينفذ تصرفاته وبالاعتاق قد هلك فيلزمه القيمة
وبالبيع والهبة انقطع الاسترداد على ما مر والكتابة والرهن
نظير البيع لأنهما لازمان إلا أنه يعود حق الاسترداد بعجز المكاتب
وفك الرهن لزوال المانع وهذا بخلاف الإجارة لأنها تفسخ بالأعذار
ودفع الفساد عزد ولا تنعقد شيئا فشيئا فيكون الرد امتناعا
وليس للبائع في البيع الفاسد أن يأخذ المبيع حتى يرد الثمن
لأن المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وللبائع
فالمشتري أحق به حتى يستوفي الثمن لأنه يتقدم عليه في حيوته
وكذا على ورثته وغرمائه بعد وفاته كالراهن ثم إذا كانت دراهم
الثمن قائمة يأخذها بعينها لأنها تتعين في البيع الفاسد وهو
الأصح لأنه بمنزلة الغصب وإذا كانت مستهلكة أخذ مثلها لما
بينا قال ومن باع دارا بيعا فاسدا فبناها المشتري فعليه
قيمتها عند أبي حنيفة رحمه الله رواه يعقوب رحمه الله عنه في الجامع الصغير
ثم شك بعد ذلك في الرواية وقالا ينقض البناء ويرد الدار
والغرس على هذا الخلاف لهما أن حق الشفيع أضعف من حق البائع
حتى يحتاج فيه إلى القضاء ويبطل بالتأخير بخلاف حق البائع
ثم أضعف الحقين لا يبطل بالبناء فأقواهما أولى وله أبي حنيفة رحمه الله
أن البناء والغرس مما يقصد بهما الدوام وقد حصل بتسليط من جهة
البائع فينقطع حق الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لأنه لم
يوجد منه التسليط ولهذا لا يبطل حق الشفيع بهبة المشتري
وبيعه فكذا ببنائه وشك يعقوب في حفظ الرواية عن أبي حنيفة

رحمه الله وقد نص محمد رحمه الله على الاختلاف في كتاب الشفعة فان حق الشفعة
مبني على انقطاع حق البايع بالبناء وثبوته على الاختلاف وبن اشترى
جارية بيعا فاسدا وتقابضا فباعها وربح فيها تصدق بالربح ويطيب
للبايع ما ربح في الثمن والفرق ان الجارية مما يتعين فيتعلق العقد
بها فيتمكن الخبث في الربح والدراهم والدنانير لا تتعينان في العقود
فلم يتعلق العقد الثاني بعينها فلم يتمكن الخبث فلا يجب التصدق
وهذا الخبث الذي سببه فساد الملك اما الخبث لعدم الملك فعند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله يشمل النوعين لتعلق العقد به فيما يتعين
حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع
او تقدير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة والشبهة
تنزل الى شبهة الشبهة والشبهة هي المعتبرة دون النازل عنها وكذلك
اذا ادعى على آخر مالا فقضاه اياه ثم تصادقا انه لم يكن عليه شيء
وربح المدعي في الدراهم يطيب له الربح لان الخبث لفساد الملك
هنا لان الدين يجب بالتسمية ثم تستحق بالتسليم دفع وبدل المستحق
مملوك فلا يعمل فيما لا يتعين **فصل** فيما يكره قال ونهى
رسول الله عليه السلام عن النجش وهو ان يزيد في الثمن ولا يريد
الشراء ليرغب غيره وقال عليه السلام لا تناجشوا وعن السوم على
سوم غيره وقال عليه السلام لا يستام الرجل على سوم اخيه ولا يخطب
على خطبة اخيه ولان في ذلك ايحاشا واضرارا وهذا اذا تراضى
المتعاقدان على مبلغ ثمن في المساومة فاذا لم يركن احدهما الى الآخر
فهو يبيع من يزيد ولا بأس به على ما نذكره وما ذكرناه محل النهي في النكاح
ايضا قال وعن تلقي الجلب وهذا اذا كان يضر باهل البلد فاذا
كان لا يضر فلا بأس به الا اذا التبس السعر على الواردين فحينئذ
يكره لما فيه من الغرور والضرر قال وعن بيع الحاضر للبادي
فقد قال عليه السلام لا يبيع الحاضر للبادي وهذا اذا كان اهل البلدة

في الحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعا في الثمن الغالي لما فيه من
الإضرار بهم أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لعدم الضرر والبيع عند
أذان الجمعة لقوله تعالى وذروا البيع ثم فيه إخلال بواجب السعي على
بعض الوجوه وقد ذكرنا الأذان المعتبر فيه في كتاب الصلوة ~~هذا البيوع~~ يكره لما ذكرنا ولا يفسد به البيع لأن الفساد بمعنى خارج
زائد لا في صلب العقد ولا في شرائط الصحة قال ولا بأس ببيع من
يزيد وتفسيره ما ذكرنا وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم باع قدحا
وحلسا ببيع من يزيد ولأنه بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه نوح
منه قال ومن ملك مملوكين صغيرين أو أحدهما ذو رحم محرم من الآخر لم
يفرق بينهما وكذلك إذا كان أحدهما كبيرا والأصل فيه قوله عليه السلام
من فرق بين والدة وولدها فرق الله تعالى بينه وبين أحبته يوم
القيامة ووهب النبي عليه السلام لعلي رضي الله عنه غلامين أخوين صغيرين
ثم قال له ما فعل الغلامان فقال بعت أحدهما فقال أدرك أدرك ويروى
اردد اردد ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير والكبير
يتعاهده فكان في بيع أحدهما قطع الاستيناس والمنع من التعاهد
وفيه ترك المرحمة على الصغار وقد أوعد عليه ثم المنع معلول
بالقرابة المحرمة حتى لا يدخل فيه محرم غير قريب ولا قريب غير محرم
ولا يدخل فيه الزوجان حتى جاز التفريق بينهما لأن النص ورد
بخلاف القياس فيقتصر على مورده ولا بد من اجتماعهما في ملكه لما ذكرنا
حتى لو كان أحد الصغيرين له والآخر لغيره لا بأس ببيع واحد منهما
ولو كان التفريق بحق مستحق لا بأس به كدفع أحدهما بالجناية وبيعه
بالدين ورده بالعيب لأن المنظور إليه دفع الضرر عن غيره لا
الإضرار به قال فإن فرق كره ذلك وجاز العقد وعن أبي يوسف
رحمه الله أنه لا يجوز في قرابة الولاد ويجوز في غيرها وعنه أنه لا يجوز في
جميع ذلك لما روينا فإن الأمر بالإدراك والرد لا يكون إلا في البيع الفاسد

ومنها أن ركن البيع صدر من أهله في محله وإنما الكراهة بمعنى مجاور
فشابه كراهة الاستيام وإن كانا كبيرين فلا بأس بالتفريق بينهما لأنه
ليس في معنى ما ورد به النص وقد صح أن النبي عليه السلام فرق بين
ماريه وسيرين وكانتا أختين أختين باب

الإقالة

الإقالة وهي جائزة في البيع بمثل الثمن الأول لقوله عليه السلام
من أقال نادما بيعته أقال الله تعالى عثراته يوم القيامة ولأن
العقد حقهما فيملكان رفعه دفعا لحاجتهما فإن شرطا أكثر منه أو أقل
فالشرط باطل ويرد مثل الثمن الأول والأصل أن الإقالة فسخ في حق
المتعاقدين بيع جديد في غيرهما إلا أن لا يمكن جعله فسخا فتبطل
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله هو بيع إلا أن لا يمكن
جعله بيعا فيجعل فسخا إلا أن لا يمكن فتبطل وعند محمد رحمه الله هو فسخ
إلا إذا تعذر جعله فسخا فيجعل بيعا إلا أن لا يمكن فتبطل محمد رحمه الله
أن اللفظ للفسخ والرفع ومنه يقال أقلني عثرتي فتوفر عليه
قضيته وإذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ألا يرى أنه بيع
في حق ثالث ولأبي يوسف رحمه الله أنه مبادلة المال بالمال بالتراضي
وهذا هو حد البيع ولهذا تبطل بهلاك السلعة ويرد بالعيب
وتثبت بها الشفعة وهذه أحكام البيع ولأبي حنيفة رحمه الله أن
اللفظ ينبئ عن الرفع والفسخ كما قلنا والأصل إعمال الألفاظ في
مقتضياتها الحقيقية ولا يحتمل ابتداء العقد ليحمل عليه عند التعذر
لأنه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فتعين البطلان وكونه بيعا في
حق الثالث أمر ضروري لأنه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك
لا مقتضى الصيغة إذ لا ولاية لهما على غيرهما إذا ثبت هذا نقول
إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن الأول لتعذر الفسخ على الزيادة
إذ رفع ما لم يكن ثابتا محال فبطل الشرط لأن الإقالة لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع لأن الزيادة ممكن إثباتها في العقد فيتحقق الربو

وأما إذا لم يمكن إثباتها في الرفع وكذا إذا شرط الأقل لما بينا
أن يحدث في المبيع عيب فحينئذ جازت الإقالة بالأقل لأن
الحط يجعل إذا ما فات بالعيب وعندهما في شرط الزيادة تكون
بيعا مبتدأ فإذا كان قاصدا لهذا البيع وكذا في شرط الأقل
عند أبي يوسف رحمه الله لأنه هو الأصل عنده وعند محمد رحمه الله هو
فسخ بالثمن الأول لأنه سكوت عن بعض الثمن الأول ولو سكت
عن الكل وإقالة يكون فسخا فهذا أولى بخلاف ما إذا زاد وإذا
دخله عيب هو فسخ بالأقل لما بينا ولو أقال بغير جنس الثمن
الأول فهو فسخ بالثمن الأول عند أبي حنيفة رحمه الله ويجعل التسمية
لغوا وعندهما بيع لما بينا ولو ولدت المبيعة ولدا ثم تقايلا
فالإقالة باطلة عنده لأن الولد مانع من الفسخ وعندهما يكون
بيعا والإقالة قبل القبض في المنقول وغيره فسخ عند أبي حنيفة
ومحمد رحمهما الله وكذا عند أبي يوسف رحمه الله في المنقول لتعذر
البيع وفي العقار يكون بيعا عنده لإمكان البيع فإن بيع العقار
قبل القبض جائز عنده قال وهلاك الثمن لا يمنع صحة
الإقالة وهلاك المبيع يمنع منها لأن رفع البيع يستدعي قيامه
وهو قائم بالمبيع دون الثمن فإن هلك بعض المبيع جازت
الإقالة في الباقي لقيام البيع فيه وإن تقايلا بعض المبيع
أحدهما ولا تبطل بهلاك أحدهما لأن كل واحد من العينين مبيع
فكان البيع باقيا

باب المرابحة والتولية

المرابحة نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع
زيادة ربح والتولية نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول من
غير زيادة والبيعان جائزان لاستجماع شرائط الجواز والحاجة ماسة
إلى هذا النوع من البيع لأن الغبي الذي لا يهتدي في التجارة يحتاج
إلى التعميد فعل الذكي المهتدي ويطيب نفسه بمثل ما اشترى

بزيادة ربح فوجب القول بجوازهما ولهذا كان بناؤهما على الأمانة وهي
عن الخيانة وعن شبهتها وقد صح أن النبي عليه السلام لما أراد الهجرة ابتاع أبو بكر
رضي الله عنه بعيرين فقال له النبي عليه السلام ولني أحدهما فقال هو لك
بغير شيء فقال أما بغير ثمن فلا ولا يصح المرابحة والتولية حتى يكون
العوض مالا مثليا لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه بالقيمة وهي
مجهولة ولو كان المشتري مرابحة ممن يملك ذلك البدل وقد باعه
بربح درهم أو شيء من المكيل هو صوف جاز لأنه يقدر على الوفاء بالثمن
وإن باعه بربح دينار لا يجوز لأنه باعه برأس المال وبعض
قيمته لأنه ليس من ذوات الأمثال قال ويجوز أن يضيف
إلى رأس المال أجرة القصار والصبغ والطراز والفتل وأجرة
حمل الطعام لأن العرف جار في إلحاق هذه الأشياء برأس المال
في عرف علماء التجار ولأن كل ما يزيد في المبيع أو في قيمته يلحق به هذا
هو الأصل وما عددناه بهذه الصفة لأن الصبغ وأخواته يزيد في
العين والحمل يزيد في القيمة إذ القيمة تختلف باختلاف المكان
ويقول قام علي بكذا ولا يقول اشتريته بكذا لأنه يكون كاذبا وسوق
الغنم بمنزلة الحمل بخلاف أجر الراعي وكراء بيت الحفظ لأنه لا يزيد
في العين والمغنم وبخلاف أجر التعليم لأن ثبوت الزيادة بمعنى فيه وهو
حذاقته قال فإن اطلع المشتري على خيانة في المرابحة فهو بالخيار
عند أبي حنيفة رحمه الله إن شاء أخذه بجميع الثمن وإن شاء تركه وإن اطلع
على خيانة في التولية استرد جميع الثمن وقال أبو يوسف رحمه الله يحط
فيهما وقال محمد رحمه الله يخير فيهما لمحمد رحمه الله أن الاعتبار للتسمية
لكونه معلوما والتولية والمرابحة ترويج وترغيب فيكون وصفا
مرغوبا فيه كوصف السلامة فيتخير بفواته ولأبي يوسف رحمه الله
أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن
الأول أو بعتك مرابحة على الثمن الأول إذا كان ذلك معلوما فلا

بدل من البناء على الاول وذلك بالحط غير انه يحط في التولية من
الخيانة من رأس المال وفي المرابحة من الربح ولابي حنيفة رحمه الله
انه لو لم يحط في التولية لا يبقى تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيتغير
التصرف فيتعين الحط وفي المرابحة لو لم يحط يبقى مرابحة وان كان
يتفاوت الربح فلا يتغير التصرف فامكن القول بالتخيير فلو هلك قبل
ان يرده او حدث فيه ما يمنع الفسخ يلزمه جميع الثمن في الروايات
الظاهرة لانه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن كخيار الرؤية والشرط
بخلاف خيار العيب لانه مطالبة بتسليم الفائت فيسقط بما
يقابله عند عجزه قال ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه
فان باعه مرابحة طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك فان كان استغرق
الثمن لم يبعه مرابحة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يبيعه مرابحة
على الثمن الاخير صورته اذا اشترى بعشرة وباعه بخمسة عشر
ثم اشتراه بعشرة فانه يبيعه مرابحة بخمسة ويقول قام علي بخمسة ولو
اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة اصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرة
في كلا الفصلين لهما ان العقد الثاني عقد متجدد منقطع الاحكام
عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث ولابي حنيفة
رحمه الله ان شبهة حصول الربح بالعقد الثاني ثابتة يتأكد به بعد ما كان
على شرف السقوط بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة
احتياطا ولهذا لم يجز المرابحة فيما اخذ بالصلح لشبهة الحطيطة فيصير
كانه اشترى خمسة وثوبا بعشرة فيطرح خمسة بخلاف ما اذا تخلل
ثالث لان التأكد بغيره حصل قال واذا اشترى العبد المأذون
له في التجارة ثوبا بعشرة وعليه دين يحيط برقبته فباعه من المولى
بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة على عشرة وكذلك لو كان المولى اشتراه فباعه
من العبد لان في هذا العقد شبهة العدم لجواز مع المنافي فاعتبر عدما
في حكم المرابحة ويبقى الاعتبار للاول فيصير كان العبد اشتراه للمولى

للمولى بعشرة في الفصل الاول وكانه يبيعه للمولى في الفصل الثاني
فيعتبر الثمن الاول قال واذا كان مع المضارب عشرة دراهم
بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر
فانه يبيعه مرابحة باثني عشر ونصف لان هذا البيع وان قضي
بجوازه عندنا عند عدم الربح خلافا لزفر مع انه يشتري ماله بماله
لما فيه من استفادة ولاية التصرف وهو مقصود ولا يعقل بيع
الفائدة ففيه شبهة العدم الا ترى انه وكيل عنه في البيع الاول
من وجه فاعتبر البيع الثاني عدما في حق نصف الربح قال
ومن اشترى جارية فاعورت او وطئها وهي ثيب يبيعها مرابحة
ولا يبين لانه لم يحتبس عنده شيء يقابله الثمن لان الاوصاف
تابعة لا يقابلها الثمن ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط
شيء من الثمن وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن والمسألة فيما اذا
لم ينقصها الوطء وعن ابي يوسف رحمه الله في الفصل الاول انه لا
يبيع من غير بيان لان المعنود بعيب
فلنا اذا فقأ عينها بنفسه او فقأها اجنبي فاخذ ارشها لم يبعها
مرابحة حتى يبين لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابلها شيء من
الثمن وكذا اذا وطئها وهي بكر لان العذرة جزء من العين يقابلها
الثمن وقد حبسها قال ولو اشترى ثوبا فاصابه قرض فار او
حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بشبه وطئه لا
يبيعه مرابحة حتى يبين والمعنى ما بيناه قال ومن اشترى
غلاما بالف درهم نسيئة فباعه بربح مائة ولم يبين فعلم المشتري
فان شاء رده وان شاء قبل لان للاجل شبها بالمبيع الا انه يزاد في الثمن
لاجل الاجل والشبهة في هذا ملحقة بالحقيقة فصار كانه اشترى
ثوبين باع احدهما مرابحة بثمنهما والاقدام على المرابحة يوجب

السلامة عن مثل هذه الخيانة فإذا ظهرت يخير كما في العيب ولو استهلكه
ثم علم لزمه بالف ومائة لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن قال
فإن كان ولاه إياه ولم يبين رده إن شاء لأن الخيانة في التولية مثلها
في المرابحة لأنه بناء على الثمن الأول ولو كان استهلكه ثم علم لزمه
بالف حالة لما ذكرنا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرد القيمة ويسترد
كل الثمن وهو نظير ما إذا استوفى الربوي مكان الجياد وعلم بعد
الافتراق وسيأتيك من بعد إن شاء الله تعالى وقيل يقوم بثمن
حال ومؤجل فيرجع بفضل ما بينهما ولو لم يكن الأجل مشروطا في
العقد ولكنه تبرع به فعلا لا بد من بيانه لأن المعروف كالمشروط
وقيل يبيع ولا يبينه لأن الثمن حال قال ومن ولى رجلا شيئا
بما قام عليه ولم يعلم المشتري بكم قام عليه فالبيع فاسد لجهالة
الثمن فإن أعلمه البائع يعني في المجلس فهو بالخيار إن شاء أخذ وإن شاء
ترك لأن الفساد لم يتقرر فإذا حصل العلم في المجلس جعل كابتداء
العقد وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس وبعد الافتراق قد
تقرر فلا يقبل الإصلاح نظيره بيع الشيء برقمه إذا علم في المجلس
وإنما يخير لأن الرضا لم يتم قبله لعدم العلم فيتخير كما في خيار
الرؤية **فصل** ومن اشترى شيئا مما ينقل ويحول لم يجز
له أن يبيعه حتى يقبضه لأنه عليه السلام نهى عن بيع ما لم يقبض
ولأن فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك ويجوز بيع
العقار قبل القبض عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال
محمد رحمه الله لا يجوز رجوعا إلى إطلاق الحديث واعتبارا بالمنقول
وصار كالدار وكما أن ذكر البيع صدر لأهله في محله ولا غرر فيه
لأن الهلاك في العقار نادر بخلاف المنقول والغرر المنهي غرر انفساخ

العقد والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز والإجارة قيل على هذا
الخلاف قال ومن اشترى كيلا مكايلة أو موزونا موازنة
فاكتاله أو اتزنه ثم باعه مكايلة أو موازنة لم يجز للمشتري منه أن
يبيعه ولا أن يأكله حتى يعيد الكيل أو الوزن لأن النبي عليه السلام
نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان صاع البائع وصاع
المشتري ولأنه يحتمل الزيادة على المشروط وذلك للبائع والتصرف
في مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما إذا باعه مجازفة لأن الزيادة
له وبخلاف ما إذا باع الثوب مذارعة لأن الزيادة له إذا الذرع
وصف في الثوب بخلاف العدد ولا معتبر بكيل البائع قبل البيع
ولو كان بحضرة المشتري لأنه ليس صاع البائع والمشتري وهو الشرط
ولا بكيله بعد البيع بغيبة المشتري لأن الكيل من باب التسليم لأن
به يصير المبيع معلوما ولا تسليم إلا بحضرته ولو كاله البائع بعد
البيع بحضرة المشتري فعلى لا يكتفى به لظاهر الحديث فإنه اعتبر
صاعين والأصح أنه يكتفى به لأن المبيع صار معلوما بكيل واحد
وتحقق معنى التسليم ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين على ما بينا
في باب السلم قال ولو اشترى المعدود عددا فهو كالمذروع فيما
يروى عنهما لأنه ليس بمال الربوا وكالموزون فيما يروى عن أبي حنيفة
لأنه لا يحل له الزيادة على المشروط والتصرف في الثمن قبل القبض جائز
لقيام المطلق وهو الملك وليس فيه غرر الانفساخ بالهلاك لعدم
تعينها بالتعيين بخلاف المبيع ويجوز للمشتري أن يزيد البائع في الثمن
ويجوز للبائع أن يزيد في المبيع ويجوز أن يحط عن الثمن ويتعلق
الاستحقاق بجميع ذلك فالزيادة والحط يلتحقان بأصل العقد
عندنا وعند زفر والشافعي رحمهما الله لا يلتحقان على اعتبار الإنشاء

بل على اعتبار ابتداء الصلة لهما انه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا لانه يصير ملك
عوض ملكه فلا يلتحق باصل العقد وكذا الحط لان كل الثمن صار مقابلا بكل
المبيع فلا يمكن اخراجه فصار مبتدأ ولنا انهما بالحط والزيادة يغيران
العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا او رابحا
او عدلا ولهما ولاية الرفع فاولى ان يكون لهما ولاية التغيير وصار كما
اذا اسقط الخيار او شرطا بعد العقد ثم اذا صح يلتحق باصل العقد
لان وصف الشيء يقوم به لا بنفسه بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لا
تغيير لوصفه فلا يلتحق به وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا
عن ملكه ويظهر حكم الالتحاق في التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل
في الزيادة ويباشر على الباقي في الحط وفي الشفعة حتى يأخذ بما بقي في الحط
وانما كان للشفيع ان يأخذ بدون الزيادة لما في الزيادة من ابطال حقه
الثابت فلا يملكانه ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية
لان المبيع لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه والشيء يثبت ثم يستثنى
بخلاف الحط لانه بحال يمكن اخراج البدل عما يقابله فيلتحق باصل العقد
استنادا وقال ومن باع بثمن حال ثم اجله اجلا معلوما صار
مؤجلا لان الثمن حقه فله ان يؤخره تيسيرا على من عليه الا يرى انه
يملك ابراءه مطلقا فكذا موقتا ولو اجله الى اجل مجهول ان كان الجهالة
متفاحشة كهبوب الريح لا يجوز وان كانت متقاربة كالحصاد والدياس
يجوز بمنزلة الكفالة وقد ذكرناه من قبل وكل دين حال اذا اجله
صاحبه صار مؤجلا لما ذكرنا الا القرض فان تأجيله لا يصح
لانه اعارة وصلة في الابتداء حتى يصح بلفظ الاعارة ولا يملك
يملك التبرع كالوصي والصبي ومعاوضة في الانتهاء فعلى اعتبار الابتداء
لا يلزم التأجيل فيه كما في الاعارة اذ لا جبر في التبرع وعلى اعتبار الانتهاء

وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة
وهو ربوا وهذا بخلاف ما اذا اوصى ان يقرض من ماله الف درهم فلان
الى سنة حيث يلزم من ثلثه ان يقرضوه ولا يطالبوه قبل المدة لانه
وصية بالتبرع بمنزلة الوصية بالخدمة والسكنى فيلزم حقا للموصى

باب الربوا

قال الربوا محرم في كل مكيل او موزون بيع بجنسه فالعلة الكيل
مع الجنس او الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع
الجنس وهو اشمل والاصل فيه الحديث المشهور وهو قوله عليه
السلام الحنطة بالحنطة مثل بمثل يدا بيد والفضل ربوا وعد
الاشياء الستة الحنطة والشعير والتمر والملح والذهب و
الفضة على هذا المثال ويروى بروايتين بالرفع مثل وبالنصب
مثلا ومعنى الاول بيع التمر ومعنى الثاني بيعوا التمر والحكم
معلول باجماع القائسين لكن العلة عندنا ما ذكرناه وعند
الشافعي رحمه الله الطعم في المطعومات والثمنية في الاثمان والجنسية
شرط والمساواة مخلص والاصل هو الحرمة عنده لانه نص على
شرطين التقابض والمماثلة وكل ذلك يشعر بالعزة والخطر كاشتراط
شهادة في النكاح فيعلل بعلة تناسب اظهار الخطر والعزة وهو
الطعم لبقاء الانسان به والثمنية لبقاء الاموال التي مناط المصالح
بها ولا اثر للجنسية في ذلك فجعلناه شرطا وقد يرد الحكم مع الشرط
ولنا انه اوجب المماثلة شرطا في البيع وهو المقصود بسوقه
تحقيقا لمعنى البيع اذ هو ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل لصيانة
اموال الناس عن الثوى او تتميما للفائدة باتصال التسليم به ثم

يلزم عند فوته حرمة الربوا والمماثلة بين الشيئين باعتبار الصورة
والمعنى والمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى فيظهر التفضل
على ذلك فيتحقق الربوا لان الربوا هو الفضل المستحق لاحد
المتعاقدين في المعاوضة الخالي عن عوض شرط فيه ولا يعتبر
الوصف لانه لا يعد تفاوتا عرفا او لان في اعتباره سد باب
البياعات او لقوله عليه السلام جيدها ورديها سواء والطعم
والثمنية من اعظم وجوه المنافع والسبيل في مثلها الاطلاق
بالغ الوجوه لسد الاحتياج اليها دون التضييق فيه فلا
يعتبر لما ذكرنا اذا ثبت هذا نقول اذا بيع المكيل او الموزون
بجنسه مثلا بمثل جاز البيع لوجود شرط الجواز وهو المماثلة
في المعيار الايزي الى ما يرى كان قوله مثلا بمثل كيلا بكيل وفي
الذهب بالذهب وزنا بوزن ولو تفاضلا لم يجز لتحقق الربوا
ولا يجوز بيع الجيد بالردي مما فيه الربوا الا مثلا بمثل لما هذا كر
التفاوت في الوصف ويجوز بيع الحنطة بالحنطتين والتفاحة
بالتفاحتين لان المساواة بالمعيار ولم يوجد فلم يتحقق الفضل
ولهذا كان مضمونا بالقيمة عند الاتلاف وعند الشافعي رحمه الله
العلة هو الطعم ولا يخلو عن وهو المساواة فيحرم وما دون
نصف صاع فهو في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع ما دونه ولو
تبايعا كيلا او موزونا غير مطعوم بجنسه متفاضلا كالجص
والجديد لا يجوز عندنا لوجود القدر والجنس وعنده يجوز
لعدم الطعم والثمنية واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى
المضموم اليه حل التفاضل والنسا لعدم العلة المحرمة والاصل
فيه الاباحة واذا وجدا حرم التفاضل والنسا لوجود العلة

واذا وجد احدهما وعدم الاخر حل التفاضل وحرم النسا مثل ان يسلم هرويا
في هروي او حنطة في شعير فحرمة ربوا الفضل بالوصفين وحرمة
النسا باحدهما وقال الشافعي رحمه الله الجنس بانفراده لا يحرم النسا
لان بالنقدية وعدمها لا تثبت الا شبهة الفضل وحقيقة الفضل
غير مانع فيه حتى يجوز بيع الواحد بالاثنين فالشبهة اولى ولنا انه
مال الربوا من وجه نظرا الى القدر او الجنس والنقدية اوجبت
فضلا في المالية فتحقق شبهة الربوا وهي مانعة كالحقيقة الا انه اذا
اسلم النقود في الزعفران ونحوه يجوز وان جمعهما الوزن لانهما
لا يتفقان في صفة الوزن فان الزعفران يوزن بالامناء وهو ثمن
يتعين بالتعيين والنقود توزن بالسنجات وهو ثمن لا يتعين
بالتعيين ولو باع بالنقود موازنة وقبضها صح التصرف فيها
قبل الوزن وفي الزعفران واشباهه لا يجوز فاذا اختلفا في
صورة ومعنى وحكما لم يجمعهما القدر من كل وجه فتنزل الشبهة
فيه الى شبهة الشبهة وهي غير معتبرة ولنا وكل شيء نص
رسول الله عليه السلام على تحريم التفاضل فيه كيلا فهو مكيل ابدا ولم
يزل الناس يكيلونه مثل الحنطة والشعير والتمر وكل ما نص
على تحريم التفاضل فيه وزنا فهو موزون ابدا مثل الذهب والفضة
لان النص اقوى من العرف والاقوى لا يترك بالادنى وما لم ينص
عليه فهو محمول على عادات الناس لانها دلالة وعن ابي يوسف
رحمه الله انه يعتبر العرف على خلاف المنصوص عليه ايضا لان النص
على ذلك لكان العلة وكانت هي المنظور اليها وقد تبدلت فعلى
هذا لو باع الحنطة بجنسها متساويا وزنا او الذهب بجنسه متماثلا
كيلا لا يجوز عندهما ولم يتعارفوا ذلك لتوهم الفضل على ما هو

المعيار فيه كما اذا باع مجازفة الا انه يجوز السلام في الحنطة ونحوها وزنا
لوجود السلام في معلوم وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزني معناه
ما يباع بالاواقي لانها تقدر بطريق الوزن حتى يحسب ما يباع
بها وزنا بخلاف سائر المكاييل واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لا
يعرف وزنه بمكيال مثله لا يجوز لتوهم الفضل في الوزن بمنزلة المجازفة
قال وعقد الصرف ما وقع على جنس الاثمان يعتبر قبض عوضيه
في المجلس لقوله عليه السلام الفضة بالفضة هاء وهاء معناه يدا
بيد وسنذكر الفقه في الصرف ان شاء الله تعالى وما سواهما
فيه الربوا يعتبر فيه التعيين ولا يعتبر التقابض خلافا للشافعي
رحمه الله في بيع الطعام له قوله عليه السلام في الحديث المعروف يدا بيد فتثبت
وله انه اذا لم يقبض في المجلس يتعاقب القبض والنقد مرتبة فتثبت
شبهة الربوا ولنا انه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب
وهذا لان الفائدة المطلوبة انما هو التمكن من التصرف ويترتب
ذلك على التعيين بخلاف الصرف لان القبض فيه ليتعين به ومعنى
قوله عليه السلام يدا بيد عينا بعين وكذا رواه عبادة بن الصامت
وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوتا في المالية عرفا بخلاف النقد
والموجل ويجوز بيع البيضة بالبيضتين والتمرة بالتمرتين
والجوز بالجوزتين لعدم المعيار فلا يتحقق الربوا وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز لوجود الطعم على ما مر قال ويجوز بيع
الفلس بالفلسين باعيانهما عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
وعند محمد رحمه الله لا يجوز لان الثمنية ثبتت باصطلاح الكل فلا
تبطل باصطلاحهما واذا بقيت اثمانا لا تتعين فصار كالنقود
كانا بغير اعيانهما وكبيع الدرهم بالدرهمين ولهما ان الثمنية

في حقهما تثبت باصطلاحهما اذ لا ولاية للغير عليهما فتبطل باصطلاحهما واذا ابطلت الثمنية تتعين بالتعيين ولا يعود
وزنيا لبقاء الاصطلاح على العدد اذ هو في نقضه في حق العدد
العقد فصار كالجوزة والجوزتين بخلاف النقود لانها للثمنية
خلقة وبخلاف ما اذا كانا بغير اعيانهما لانه كالئ بكالئ وقد نهي
عنه وبخلاف ما اذا كان احدهما بغير عينه لان الجنس بانفراده
يحرم النساء قال ولا يجوز بيع الحنطة بالدقيق ولا بالسويق
لان المجانسة باقية من وجه لانهما من اجزاء الحنطة والمعيار
فيهما الكيل لكن الكيل غير مستو بينهما وبين الحنطة لاكتنازهما
فيه وتخلخل حبات الحنطة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل ويجوز بيع
الدقيق بالدقيق متساويا كيلا لتحقق الشرط وبيع الدقيق بالسويق
لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله متفاضلا ولا متساويا لانه لا يجوز
بيع الدقيق بالمقلية ولا بيع السويق بالحنطة فكذا بيع اجزائهما
لقيام المجانسة من وجه وعندهما يجوز لانهما جنسان لاختلاف
المقصود فان معظم المقصود وهو التغذي يشملهما وله
يبقى بفوات البعض كالمقلية مع غير المقلية والعلاجة
بالمسوسة قال ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند ابي حنيفة
وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله اذا باعه بلحم من جنسه لا يجوز
الا اذا كان اللحم المفرد اكثر ليكون اللحم بمقابلة ما فيه من اللحم والباقي
بمقابلة السقط اذ لو لم يكن كذلك يتحقق الربوا من حيث زيادة
السقط او من حيث زيادة اللحم وصار كالخل بالسمسم ولهما انه
باع الموزون بما ليس بموزون لان الحيوان لا يوزن عادة ولا يمكن
معرفة ثقله بالوزن لانه يخفق نفسه مرة ويثقل اخرى بخلاف

تلك المسألة لأن الوزن في الحال يعرف قدر الدهن إذا امتزج بينه وبين التجير ويوزن
التجير قال ويجوز بيع الرطب بالتمر مثلاً بمثل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا
لا يجوز لقوله عليه السلام حين سئل عنه أو ينقص إذا جف فقيل نعم فقال
عليه السلام إذاً ولأنه إن الرطب تمر لما روي أن النبي عليه السلام حين أهدي
رطباً فقال أو كل تمر خيبر هكذا سماه تمراً وبيع التمر بمثله جائز لما روينا
ولأنه لو كان تمراً جاز البيع بأول الحديث ولو كان غير تمر فبآخره وهو قوله
عليه السلام إذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ومد عجوة رواه علي بن زيد بن
عياش وهو ضعيف عند النقلة قال وكذلك العنب بالزبيب
يعني على الخلاف والوجه ما بينا وقيل لا يجوز بالاتفاق واعتبارا الحنطة
المقلية بغير المقلية والرطب بالرطب يجوز متماثلا كيلا عندنا لأنه بيع
التمر بالتمر وكذا بيع الحنطة الرطبة أو المبلولة بمثلها أو بالياس
أو التمر أو الزبيب المنتفع بالمنتفع منهما عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله لا يجوز جميع ذلك لأنه يعتبر المساواة في أعدل الأحوال
وهو الحال وأبو حنيفة رحمه الله يعتبره في الحال وكذا أبو يوسف رحمه الله
عملاً بإطلاق الحديث إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر لما
روينا لهما ووجه الفرق لمحمد رحمه الله بين هذه الفصول وبين الرطب
بالرطب أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذي عقد
عليه العقد وفي الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك فيكون تفاوتاً في عين
المعقود عليه فلا يعتبر ولو باع البسر بالتمر متفاضلاً لا يجوز لأن
البسر تمر بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر اثنان بواحد
لأنه ليس بتمر فإن هذا الاسم له من أول ما ينعقد صورته لا قبله والكفرى
عندي متفاوت حتى لو باع التمر به نسيئة لا يجوز لجهالة قال والجوز
بيع الزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت

والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم فيكون الدهن بمثله والزيادة
بالتجير لأن عند ذلك يتحرى عن الربوا إذ ما فيه من الدهن موزون وهذا
لأن ما فيه لو كان أكثر أو مساوياً له فالتجير وبعض الدهن أو التجير
وحده فضل ولو لم يعلم مقدار ما فيه لا يجوز لاحتمال الربوا والشبهة فيه
كالحقيقة والجوز بدهنه واللبن بسمنه والعنب بعصيره والتمر بدبسه
على هذا الاعتبار واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز
كيف ما كان بالإجماع قال ويجوز بيع اللحمان المختلفة بعضها ببعض
متفاضلاً ومراده لحم البقر والإبل والغنم وأما البقر والجواميس
جنس وكذا المعز مع الضأن وكذا العراب مع البخاتي قال وكذلك
ألبان البقر والغنم وعن الشافعي رحمه الله أنها جنس واحد لا يحل
المقصود ولنا أن الأصول مختلفة حتى لا يكمل نصاب أحدهما بالآخر
في الزكوة فكذا أجزاؤها إذا لم تتبدل بالصنعة وكذا خل الدقل
بخل العنب للاختلاف بين أصليهما فكذا بين ما منهما ولهذا كان عصيراً
جنسين وشعر المعز وصوف الغنم جنسان لاختلاف المقاصد
وكذا شحم البطن بالإلية أو باللحم لأنها أجناس مختلفة لاختلاف
الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً ويجوز بيع الخبز بالحنطة
والدقيق متفاضلاً لأن الخبز صار عددياً أو موزوناً فخرج أن يكون
مكيلاً من كل وجه والحنطة مكيل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز
فيه والفتوى على الأول وهذا إذا كانا نقدين فإن كانت الحنطة
نسيئة جاز أيضاً ولو كان الخبز نسيئة يجوز عند أبي يوسف رحمه الله وعليه
الفتوى وكذا السلم في الخبز جائز في الصحيح ولا خبز في استقراضه عدداً
أو وزناً عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه يتفاوت بالخبز والخباز والتنور والتقدم
والتأخر وعند محمد رحمه الله يجوز بها للتعامل وعند أبي يوسف رحمه الله

يجوز وزنا ولا يجوز عددا للتفاوت في آحاده قال ولا ربوا بين المولى
وعبده لأن العبد وما في يده ملك مولاه فلا يتحقق الربوا وهذا اذا كان
مأذونا له ولم يكن عليه دين فان كان عليه دين لا يجوز لأن ما في يده ليس
ملك المولى عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما تعلق به حق الغرماء فصار كالمرتهن
فيتحقق الربوا كما يتحقق بينه وبين مكاتبه ولا بين المسلم والحربي في
دار الحرب خلافا لأبي يوسف والشافعي رحمهما الله لهما الاعتبار بالمستأمن
منهم في دارنا ولنا قوله عليه السلام لا ربوا بين المسلم والحربي في دار الحرب
ولأن ماله مباح في دارهم فبأي طريق أخذه المسلم أخذ مالا مباحا
اذا لم يكن فيه غدر بخلاف المستأمن منهم لأن ماله صار محظورا بعقد الأمان

باب الحقوق

قال ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الأعلى الا أن يشتريه بكل
حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو له فيه أو منه ومن اشترى
بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله
العلو والكنيف جمع بين المنزل والبيت والدار فاسم الدار ينتظم
العلو لأنه اسم لما أدير عليه الحدود والعلو من توابع الأصل واجزائه
فيدخل فيه والبيت اسم لما يبات فيه والعلو مثله والشيء لا يكون
تبعا لمثله فلا يدخل فيه الا بالتنصيص عليه والمنزل بين الدار والبيت
لأنه يتأتى فيه مرافق السكنى مع ضرب قصور اذ لا يكون فيه منزل
الدواب فلشبهه بالدار يدخل العلو فيه تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه
بالبيت لا يدخل بدونه وفي عرفنا يدخل العلو في جميع ذلك لأن كل
مسكن بيت يسمى خانة ولا يخلو عن علو وكما يدخل العلو في اسم الدار يدخل
الكنيف لأنه من توابعه ولا يدخل الظلة الا بذكر ما ذكرنا عند ابي حنيفة رحمه الله
لأنه مبني على هواء الطريق فأخذ حكمه وعندهما ان كان مشغولا في الدار

يدخل من غير ذكر شيء مما ذكرنا لأنه من توابعه فشابه الكنيف قال
ومن اشترى بيتا في دار أو منزلا أو مسكنا لم يكن له الطريق الا أن يشتريه
بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذا الشرب والمسيل
لأنه خارج الحدود الا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع بخلاف
الجارية لأنها تعتقد للانتفاع ولا يتحقق الا به اذ المستأجر لا يشتري
الطريق عادة ولا يستأجره فيدخل تحصيلا للفائدة المطلوبة
منه اما الانتفاع بالمبيع ممكن بدونه لأن المشتري عادة يشتريه
وقد يتجر فيه فيبيعه من غيره فحصلت الفائدة والله أعلم

باب الاستحقاق

ومن اشترى جارية فولدت عنده فاستحقها رجل ببينة فانه يأخذها
وولدها وان أقر بها الرجل لم يتبعها ولدها وجه الفرق أن البينة
حجة مطلقة فانها كاسمها مبينة فيظهر بها ملكه من الأصل والولد
كان متصلا بها فيكون له وأما الاقرار حجة قاصرة يثبت الملك في
المخبر به ضرورة صحة الاخبار وقد اندفعت باثباته بعد الانفصال
فلا يكون الولد له ثم قد يدخل الولد في القضاء بالأم تبعا وقد
يشترط القضاء بالولد واليه تشير المسائل فان القاضي اذا لم
يعلم بالزوائد قال محمد رحمه الله لا يدخل الزوائد في الحكم وكذا الولد
اذا كان في يد غيره لا يدخل تحت الحكم بالأم تبعا قال ومن اشترى
عبدا فاذا هو حر وقد قال العبد للمشتري اشتريتني فاني عبد فان
كان البائع لا يدري أين هو رجع المشتري على العبد ورجع هو على
البائع وان أقر بهن عبدا مقرا بالعبودية فوجد حرا لم يرجع عليه
على كل حال وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يرجع فيهما لأن الرجوع
بالمعاوضة أو بالكفالة والموجود ليس الا الاخبار كاذبا فصار

كما اذا قال الاجنبي ذلك او قال الرهن فاني عبد وهي المسألة الثانية ولها
ان المشتري شرع في الشرى معتمدا على امره واقراره اني عبد اذ القول
قوله في الحرية فيجعل العبد بالامر بالشرا ضامنا للثمن له عند تعذر
رجوعه على البايع دفعا للغرور والضرر ولا تعذر الا فيما لا يعرف
مكانه والبيع عقد معاوضة فامكن ان يجعل الامر ضمانا للسلامة كما
هو موجبه بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو وثيقة واستيفاء
عين حقه حتى يجوز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه مع حرمة الاستبدال
فلا يجعل الامر ضمانا للسلامة وبخلاف الاجنبي لانه لا يغبن بقوله فيه
فلا يثبت الغرور ونظير مسئلتنا قول المولى بايعوا عبدي هذا فاني
قد اذنت له في التجارة فبايعوه ثم ظهر استحقاق يرجعون عليه
بقيمته ثم في وضع المسألة ضرب اشكال على قول ابي حنيفة رحمه الله ان
الدعوى شرط في حرية العبد عنده والتناقض يفسد الدعوى وقال
فعلى ان كان الوضع في حرية الاصل فالدعوى فيها ليس بشرط عنده
لتضمنه تحريم فرج الام وهو شرط لكن التناقض غير مانع لحقاء
العلوق ولئن كان الوضع في الاعتاق فالتناقض لا يمنع استبداد
المولى به وصار كالمختلعة يقيم البينة على الطلقات الثلاث قبل
الخلع والمكاتب يقيمها على الاعتاق قبل الكتابة وفي
ادعى حقا في دار معينة حقا مجهولا فصالحه الذي في يده على مائة درهم
فاستحقت الدار الا ذراعا منها لم يرجع بشيء لان المدعي لم يقول دعواي
في هذا الباقي ولئن ادعاها كلها فصالحه على مائة درهم فاستحق منها شيء
رجع بحسابه لان التوفيق غير ممكن فوجب الرجوع ببدله عند فوات
سلامة المبدل ودلت المسألة على ان الصلح عن المجهول على معلوم جائز
لان الجهالة فيما يسقط لا تفضي الى المنازعة **فصل** في بيع

الفضولي ومن باع ملك غيره فالمالك بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء
فسخ وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية لانها
بالملك وباذن المالك وقد فقدا ولا تعتبر الا بالقدرة الشرعية
ولنا انه تصرف تملك وقد صدر من اهله في محله فوجب القول
بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخييره بل فيه نفعه حيث يكفي مؤنة
طلب المشتري وتحصيل الثمن وغيره وفيه نفع العاقد لصون كلامه عن
الالغاء وفيه نفع المشتري فيثبت القدرة الشرعية تحصيلا لهذه
الوجوه كيف ولان الاذن ثابت دلالة لان العاقل ياذن في التصرف
النافع قال ولا اجازة اذا كان المعقود عليه باقيا والمتعاقدان
بحالهما لان الاجازة تصرف في العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام
العاقدين والمعقود عليه واذا اجاز المالك كان الثمن مملوكا له في
يد امانة بمنزلة الوكيل لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الوكالة السابقة
والفضولي لو بيع قبل الاجازة دفعا للحقوق عن نفسه بخلاف
الفضولي في النكاح لانه معتبر محض هذا اذا كان الثمن دينا
فان كان عرضا معينا انما يصح الاجازة اذا كان العرض باقيا ايضا
لان الاجازة اجازة نقل لا اجازة عقد حتى يكون العرض الثمن مملوكا
للفضولي وعليه مثل المبيع ان مثليا او قيمته لانه شراء من وجه
والشراء لا يتوقف ولو هلك المالك لا ينفذ باجازة الورثة في
الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا يجوز باجازة
غيره ولو اجاز المالك في حال حيوته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع
في قول ابي يوسف رحمه الله اولا وهو قول محمد رحمه الله لان الاصل بقاؤه
ثم رجع ابو يوسف رحمه الله وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة
لان الشك وقع في شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال

ومن غصب عبدا واعتقه المشتري ثم اجاز المولى البيع فالعتق جائز
استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز لانه
لا عتق بدون الملك قال عليه السلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم والموقوف
لا يفيد الملك ولو ثبت في الآخرة يثبت مستندا وهو ثابت من وجه
دون وجه والمعتبر للاعتاق الملك الكامل لما روينا ولهذا لا يصح
ان يعتق الغاصب ثم يؤدي الضمان ولان يعتق المشتري والخيار
للبائع ثم يجيز البائع وكذا لا يصح بيع المشتري من الغاصب فيما
نحن فيه مع انه اسرع نفاذا حتى ينفذ من الغاصب اذا ادى الضمان
وكذا لا يصح اعتاق المشتري من الغاصب اذا ادى الغاصب الضمان
ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق موضوع لافادة الملك ولا
ضرر فيه على ما مر فيتوقف اعتاقه مرتبا عليه وينفذ بنفاذه ويصار
كاعتاق المشتري من الراهن واعتاق الوارث عند امر التركة وهي
مستغرقة بالديون يصح وينفذ اذا قضى الديون بعد ذلك بخلاف
اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب غير موضوع لافادة الملك وكذا
اذا كان في البيع خيار للبائع لانه ليس بمطلق وقران الشرط يمنع
انعقاده في حق الحكم اصلا ومحله في المشتري من الغاصب اذا باع لانه
بالاجازة ثبت للبائع ملك باتا فاذا طرأ على ملك موقوف ابطله
واما اذا ادى الغاصب الضمان ينفذ اعتاق المشتري منه كذا ذكره
هلال رحمه الله وهو الاصح قال فان قطعت يد العبد واخذ ارشها
ثم اجاز البيع فالارش للمشتري لان الملك تم له من وقت الشراء فتبين
ان القطع حصل على ملكه وهذه حجة على محمد رحمه الله والعذر له ان الملك
من وجه يكفي لاستحقاق الارش كالمكاتب اذا قطعت يده واخذ الارش
ثم رد في الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المشتري في يد
المشتري

المشتري والخيار للبائع ثم اجيز البيع فالارش للمشتري بخلاف الاعتاق
على ما مر ويتصدق بما زاد على نصف الثمن لانه لم يدخل في ضمانه اوفيه
شبهة عدم الملك قال فان باعه المشتري من آخر ثم اجاز المولى
البيع الاول لم يجز البيع الثاني لما ذكرنا ولان فيه غرر الانفساخ على
اعتبار عدم الاجازة في البيع الاول والبيع يفسد به بخلاف الاعتاق
عندهما لانه لا يؤثر فيه الغرر قال فان لم يبعه المشتري فمات
في يده او قتل ثم اجاز البيع لم يجز لما ذكرنا ولان الاجازة من شرطها قيام
المعقود عليه وقد فات بالموت وكذا بالقتل اذ لا يمكن ايجاب البدل
للمشتري بالقتل حتى يعد باقيا ببقاء البدل لانه لا ملك للمشتري عند
القتل ملكا يقابل البدل فتحقق الفوات بخلاف البيع الصحيح لان ملك
المشتري ثابت فامكن ايجاب البدل فيكون المبيع قائما بقيام خلفه
قال ومن باع عبد غيره بغير امره واقام المشتري البينة على
اقرار البائع او رب العبد انه لم يامره بالبيع واراد رد البيع لم يقبل منه
للتناقض في الدعوى اذ الاقدام على الشراء اقرار منه بصحته و
البينة مبنية على صحة الدعوى ولو اقر البائع بذلك عند القاضي
بطل البيع ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار
فللمشتري ان يساعده على ذلك فيتحقق الاتفاق بينهما فلهذا شرط طلب
المشتري قال الشيخ الامام الاسلام وذكر في كتاب الزيادات ان المشتري اذا صدق
مدعيه ثم اقام البينة على اقرار البائع انه للمستحق تقبل وفرقوا بين العبد
في هذه المسألة في يد المشتري وفي تلك المسألة في يد غيره وهو المستحق
وشرط الرجوع بالثمن ان لا يكون العين سالما للمشتري قال
ومن باع دار الرجل وادخلها المشتري في بنائه لم يضمن البائع عند ابي
حنيفة رحمه الله وهو قول ابي يوسف اولا وكان يقول اولا يضمن البائع وهو قول محمد

وهي مسألة غصب العقار وسنذكره في الغصب إن شاء الله تعالى والله أعلم

باب السلم

السلم عقد مشروع بالكتاب وهو آية المداينة فقد قال ابن عباس رضي الله
عنهما أشهد أن الله تعالى أحل السلف المضمون وأنزل فيها أطول آية في
كتابه وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم الآية وبالسنة وهي
ما روي أن النبي عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ورخص في السلم
والقياس وإن كان يأباه ولكنا تركناه بما روينا وجه القياس أنه بيع المعدوم
إذ المبيع هو المسلم فيه وهو جائز في المكيلات والموزونات لقوله عليه
السلام من أسلم منكم فليسلم في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم والمراد
بالموزونات غير الدراهم والدنانير لأنهما أثمان والمسلم فيه لا يتعين فيما
يكون ثمنا فلا يصح السلم فيهما ثم قيل يكون باطلا وقيل ينعقد بيعا
بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الإمكان والعبرة
في العقود للمعاني والأول أصح لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا
العقد فيه ولا يمكن قال ولنا المذروعات لأنه يمكن ضبطها
بذكر الذرع والصنعة والصنعة ولا بد منها لترتفع الجهالة فيتحقق
شرط صحة السلم وكذا المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض
لأن العدد في المتقارب معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم فيجوز
السلم فيه والصغير والكبير سواء لاصطلاح التاس على إهدار التفاوت
بخلاف الرمان والبطيخ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا ويتفاوت آحاد
في المالية يعرف العدد المتفاوت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز بيض
النعامة لأنه يتفاوت آحاده في المالية ثم كما يجوز السلم فيها عددا يجوز
كيلا وقالا رحمهما الله لا يجوز كيلا لأنه عددي ليس بمكيل وعنه لا يجوز
عددا أيضا للتفاوت ولنا أن المقدر مرة يعرف بالعدد ومرة بالكيل وإنما

صار معدودا بالاصطلاح فيصير مكيلا باصطلاحهما وكذا في الفلوس
عددا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله
لا يجوز لأنها أثمان ولهما أن الثمنية في حقهما باصطلاحهما فيبطل
باصطلاحهما ولا يعود دنانير وقد ذكرناه من قبل قال ولا يجوز
السلم في الحيوان وعند الشافعي رحمه الله يجوز لأنه يصير معلوما
ببيان الجنس والسن والنوع والصفة والتفاوت بعد ذلك يسير
فأشبه الثياب ولنا أنه بعد ذكر ما ذكر يبقى تفاوت فاحش في المالية
باعتبار المعاني الباطنة فيفضي إلى المنازعة بخلاف الثياب لأنه
مصنوع العبد فقلما يتفاوت الثوبان إذا نسجا على منوال واحد
وقد صح أن النبي عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ويدخل فيه جميع
أجناسه حتى العصافير ولأن أطرافه كالرؤوس والأكارع للتفاوت
فيها إذ هو عددي متفاوت لا مقدر لها ولا في الجلود عددا ولا في
الحطب حزما ولا في الرطبة جرزا للتفاوت إلا إذا عرف ذلك بأن بين
طول ما يشد به الحزمة أنه شبر أو ذراع فحينئذ يجوز إذا كان على
وجه لا يتفاوت قال ولا يجوز السلم حتى يكون المسلم فيه موجودا
من حين العقد إلى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا
عند المحل أو على العكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وقال الشافعي
رحمه الله يجوز إذا كان موجودا وقت المحل لوجود القدرة على التسليم
حال وجوبه ولنا قوله عليه السلام لا تسلفوا في الثمار حتى يبدو صلاحها
ولأن القدرة على التسليم بالتحصيل فلا بد من استمرار الوجود في مدة
الأجل ليتمكن من التحصيل ولو انقطع بعد المحل فرب السلم بالخيار
لأنه إن شاء فسخ السلم وإن شاء انتظر وجوده لأن السلم قد صح والعجز
الطارئ على شرف الزوال فصار كباقي المبيع قبل القبض قال

ويجوز السلم في السمك المالح وزنا معلوما وضربا معلوما لانه معلوم القدر
مضبوط الوصف معلوم التسليم اذ هو غير منقطع ولا يجوز السلم
فيه عددا للتفاوت ولا خير في السلم في السمك الطري الا في جنس
وزنا معلوما وضربا معلوما لانه ينقطع في زمان الشتاء حتى لو
كان في بلد لا ينقطع يجوز مطلقا واما يجوز وزنا لا عددا لما ذكرنا
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز في لحم الكبار منها وهي التي تقطع اعضاءها
السلم عنده ولا خير في السلم في اللحم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
اذا وصف من اللحم موضعا معلوما بصفة معلومة جاز لانه موزون
مضبوط الوصف وكذا يعتبر بالمثل ويجوز استقراضه وزنا ويجري
فيه ربوا الفضل بخلاف لحم الطيور لانه لا يمكن وصف موضع منه
ولابي حنيفة رحمه الله انه مجهول التفاوت في قلة العظم وكثرته او في سمنه
وهزاله على اختلاف فصول السنة وهذه الجهالة تفضي الى المنازعة
وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الثاني وهو الاصح والتضمين
بالمثل ممنوع وكذا الاستقراض وبعد التسليم فالمثل اعدل من القيمة
ولان القنطر تعاين فيعرف مثل المقبوض به وفي وقته اهمال الوصف
فلا يكتفى به قال ولا يجوز السلم الا مؤجلا وقال الشافعي رحمه الله
يجوز لاطلاق الحديث ورخص في السلم ولنا قوله عليه السلام الى اجل
معلوم فيما روينا ولانه شرع رخصة دفعا لحاجة المفاليس فلا بد
من الاجل ليقدر على التحصيل فيه فيسلم ولو كان قادرا على التسليم
لم يوجد المرخص فيبقى على النافي ولا يجوز الا باجل معلوم لما روينا ولان
الجهالة فيه تفضي الى المنازعة كما في البيع والاجل ذكره شهر وقيل ثلاثة
ايام وقيل اكثره من نصف يوم والاول اصح قال ولا يجوز السلم بمكيال
رجل بعينه ولا ذراع رجل بعينه معناه اذا لم يعرف مقداره لانه يتاخر فيه

التسليم فربما يضيع فيودي الى المنازعة وقد ترخص قبل ولا بد ان يكون المكيال
مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا فان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب
لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن ابي يوسف رح قال ولا في طعام قرية
بعينها او ثمرة نخلة بعينها لانه قد يعتريه آفة فلا يقدر على التسليم واليه اشار رسم حيث قال
ارايت لو اذهب الله الثمرة بم يستحل احدكم مال اخيه قال ولو كانت النسبة الى قرية لبيان
الصفة لا باس به على ما قالوا كالحشر اتي بخارا والبساني بزغانة قال ولا يصح السلم عند ابي
رح الا بسبع شرائط جنس معلوم كقولنا حنطة او شعير ونوع معلوم كقولنا سقية او بخسية
وصفة معلومة كقولنا جيدا او رديا قال ومقدار معلوم كقولنا كذا كيلا بمكيال معروف
او كذا وزنا باجل معلوم والاصل فيه ما روينا والفقه فيه ما بيناه ومعرفة مقدار
راس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره كالمكيل والموزون والمعدود وتسمية المكان
الذي يوفيه فيه اذا كان له حمل ومؤنة وقالا لا يحتاج الى التسمية راس المال اذا كان معينا ولا
الى مكان التسليم ويسلمه في موضع العقد فهما ان مسئلتان لهما في الاولى ان المقصود يحصل
بالاشارة فاشبه الثمن والاجرة كالثوب ولانه ربما يوجد بعضها زيوفا ولا يستبدل في المجلس
فلو لم يعلم قدره ولا يدري في كم بقي او ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه فيحتاج الى رد راس المال
والموهوم في هذا العقد كالمتحقق لشرعه مع المنافي بخلاف اذا كان راس المال ثوبا لان الذرع
وصف فيه لا يتعلق العقد على مقداره ومن فروعه اذا اسلم في خمسين ولم يبين رطلا مقدارا احدهما
ولهما في الثانية ان مكان العقد يتعين لوجود العقد الموجب للتسليم فيه ولانه لا يزاحمه مكان
آخر فيه فيصير نظير اول اوقات الامكان في الاوامر وصار كالقرض والغصب ولابي حنيفة رح
ان التسليم غير واجب في الحال فلا يتعين مكان العقد بخلاف القرض والغصب واذا لم يتعين فالجهالة
فيه تفضي الى المنازعة لان قيم الاشياء تختلف باختلاف الاماكن فلا بد من البيان وصار كجهالة الصفة
ومن هذا قال من المشايخ ان الاختلاف فيه عنده يوجب التحالف كما في الصفة وقيل على عكسه
لان تعيين المكان قضية العقد عندهما وعلى هذا الخلاف الثمن والاجرة والقسمة وصورتها
اذا اقتسما دارا وجلاها فصار لاحدهما شيء له حمل ومؤنة وقيل لا يشترط ذلك في الثمن والصحيح

انه يشترط اذا كان موصلا وهو اختيار شمس الائمة السرخسي وعندهما يتعين مكان العقد ومكان
تسليم الدابة والبناء وما لم يكن له حمل ومؤنة لا يحتاج فيه الى بيان مكان الايفاء بالاجماع لانه لا يختلف
قيمته ويوفيه في المكان الذي اسلم فيه قال رح وهذا رواية الجامع الصغير والبيوع وذكر في الاجارات
يوفيه في اي مكان شاء وهو الاصح لان الاماكن كلها سواء ولا وجوب في الحال ولو عينا مكانا قبل الافتراق
لانه يفيد سقوط خطر الطريق ولو عينا المصر فيما له حمل ومؤنة يكتفى به لانه مع تباين الحرافة كبقعة واحدة
فيما ذكرنا قال ولا يصح السلم حتى يقبض رأس المال قبل ان يفارقه فيه اما اذا كان من النقود فلانه افتراق عن
دين بدين وهي النسيئة من الكالي بالكالي وان كان عينا فلان السلم اخذ عاجل باجل اذ الاسلام
والاسلاف ينبئان عن التعجيل فلا بد من قبض احد العوضين ليتحقق معنى الاسم ولانه لا بد من تسليم رأس
المال ليتقلب المسلم اليه فيقدر على التسليم ولهذا قلنا لا يصح السلم اذا كان فيه خيار الشرط لها
او لاحدهما لانه يمنع تمام القبض لكونه مانعا من الانعقاد في حق الحكم وكذا لا يثبت فيه خيار الرؤية
لانه غير مفيد بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام القبض ولو اسقط خيار الشرط قبل الافتراق
ورأس المال قائم جاز خلافا لزفر رح وقد مر تقريره وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام
رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله
فان اسلم مائتي درهم في كر حنطة مائة منها دين على المسلم اليه ومائة نقد فالسلم في حصة
الدين باطل لفوات القبض ويجوز في حصة النقد لاستجماع شرائطه ولا يشيع الفساد
لان طارئ لا المسلم وقع صحيحا ولهذا لو نقد رأس المال قبل الافتراق صح الا انه يبطل بالافتراق
لما بينا وهذا لان الدين لا يتعين في البيع الا ترى انه لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان
لا دين لا يبطل البيع فينعقد صحيحا ولا يجوز التصرف في رأس المال قبل التسلم والمسلم فيه قبل القبض
اما الاول فلما فيه من تفويت البعض المستحق بالعقد واما الثاني فلان المسلم فيه مبيع والتصرف
في المبيع قبل القبض لا يجوز ولا يجوز الشركة ولا التولية في المسلم فيه قبل قبضه لانه تصرف فيه
فان تقايلا في السلم لم يكن له ان يشتري من المسلم اليه برأس المال شيئا حتى يقبضه كله لقوله عم اذا اخذ
الاسلم او رأس ماله اي عند الفسخ ولانه اخذ شبها بالبيع فلا يحل التصرف فيه قبل قبضه وهذا
لان الاقالة بيع جديد في حق ثالث ولا يمكن جعل المسلم فيه ربحا لسقوطه فيجعل رأس المال

بيعا

بيعا لانه دين مثله الا انه لا يجب قبضه في المجلس لانه ليس في حكم الابتداء من كل وجه
وفيه خلاف زفر رحمه الله والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن اسلم في كر فلما حل الاجل اشترى
المسلم اليه من رجل كرا فامر رب السلم بقبضه قضاء بما عليه لم يكن قضاء فان امره ان يقبضه
له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه جاز لانه اجتمعت الصفقتان بشرط الكيل فلا بد
من الكيل مرتين لنهي النبي عليه السلام عن بيع الطعام حتى يجري فيه صاعان وهذا هو محمل الحديث
على ما نرى والسلم وان كان سابقا لكن قبض المسلم فيه لاحق ولانه بمنزلة ابتداء البيع لان
العين غير الدين حقيقة وان جعل عينه في حق حكم خاص وهو حرمة الاستبدال فيتحقق البيع
بعد الشراء وان لم يكن سلما وكان قرضا فامر بقبضه الكر جاز لان القرض اعارة ولهذا
ينعقد بلفظة الاعارة وكان الرد وعين المأخوذ مطلقا حكما فلا يجتمع صفقتان ومن
اسلم في كر فامر رب السلم ان يكيله المسلم اليه في غرائر رب السلم ففعل وهو غائب
لم يكن قضاء لان الامر بالكيل لم يصح لانه لم يصادف ملك الآمر لان حقه
في الدين دون العين فصار المسلم اليه مستعيرا للغرائر فيه وقد جعل ملك نفسه
فيها فصار كما لو كان عليه دراهم دين فدفع اليه كيسا ليزنها المديون فيه
لم يصر قابضا ولو كانت الحنطة شراء والمسئلة بحالها صار قابضا لان الامر
قد صح حيث صادف ملكه لانه ملك العين بالبيع الا ترى انه لو امر بالطحن كان
الطحين في السلم للمسلم اليه وفي الشراء للمشتري لصحة الامر وكذا اذا امره ان
يصبه في البحر في السلم يهلك من مال المسلم اليه وفي الشراء من مال المشتري وتقرر
الثمن عليه لما قلنا ولهذا يكتفي بذلك الكيل في الشراء في الصحيح لانه نائب عنه
في الكيل والقبض بالوقوع في غرائر المشتري ولو امر في الشراء ان يكيله في غرائر
البائع ففعل لم يصر قابضا لانه استعار غرائره ولم يقبضها فلا يصير الغرائر في
يده وكذا ما وقع فيها وصار كما لو امره ان يكيله ويغرله في ناحية من بيت البائع
لان البيت بنواحيه في يده فلم يصر المشتري قابضا ولو اجتمع العين والدين
والغرائر للمشتري ان بدأ بالعين صار قابضا اما العين فلصحة الامر فيه واما الدين

فلا تصاله بملكه وبمثله يصير قابضا لمن استقرض حنطة وامره ان يزرعها
في ارضه ويمكن دفع الحصائد خاتما فامره ان يزيد من عنده نصف دينار وان بدا
لم يصر قابضا اما الدين فلعدم الصحة الامر واما العين فلانه خلطه بملكه قبل التسليم
وصار مستهلكا عند ابي حنيفة رح فينتقض البيع وهذا الخلط غير مرضي به من
جهته لجواز ان يكون مراده البداية بالعين وعندهما بالخيار ان شاء نقض البيع وان
شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما ومن اسلم جارية في كر حنطة
وقبضها المسلم اليه ثم تقايلا فماتت في يد المسلم اليه فعليه قيمتها يوم قبضها ولو تقايلا
بعد هلاك الجارية جاز لان صحة الاقالة تعتمد بقاء العقد وذلك بقيام المعقود عليه
وفي السلم المعقود عليه انما هو المسلم فيه فصحت الاقالة حال بقائه واذا جاز ابتداء
اولى ان يبقى انتهاء لان البقاء اسهل واذا انفسخ العقد في المسلم فيه انفسخ في الجارية
تبعا فيجب عليه ردها وقد عجز فيجب رد قيمتها ولو اشترى جارية بالفي تقايلا
فماتت في يد المشتري بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد موتها فالاقالة باطلة لان
المعقود عليه في البيع انما هو الجارية ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الاقالة
ابتداء ولا يبقى انتهاء لانعدام محله وهذا بخلاف القابضة حيث تصح الاقالة
ويبقى بعد هلاك احد العوضين لان كل واحد منهما مبيع فيه في وجه ومن اسلم الى
رجل دراهم في كر حنطة فقال المسلم اليه شرطت لك ردينا وقال رب السلم لم تشترط
شيئا فالقول قول المسلم اليه لان رب السلم مدعي فيما انكاره الصحة لان المسلم فيه
يربو على رأس المال في العادة وفي عكسه قالوا يجب ان يكون القول لرب السلم عندهما
لانه يدعي الصحة وان كان صاحبه منكرا وعند ابي حنيفة القول قول المسلم اليه لانه منكر
وان انكر الصحة وسنقرره من بعد ان شاء الله تعالى ولو قال المسلم اليه لم يكن له اجل
وقال رب السلم بل كان له اجل فالقول قول رب السلم لان المسلم اليه متعنت في انكاره
حقا له وهو الاجل والفساد بعدم الاجل غير متيقن لامكان الاجتهاد فلا يعتبر النفع
في رد رأس المال بخلاف عدم الوصف وفي عكسه القول لرب السلم عندهما لانه منكر

حقا عليه فيكون القول قوله وان انكر الصحة كرب المال اذا قال للمضارب شرطت لك نصف
الربح الا عشرة وقال المضارب لا بل شرطت لي نصف الربح فالقول لرب المال لانه منكر
استحقاق الربح وان انكر الصحة وعند ابي حنيفة رح القول للمسلم اليه لانه يدعي الصحة وقد
اتفقا على عقد واحد فكانا متفقين على الصحة ظاهرا بخلاف المسئلة المضاربة لانه ليس لازم
فلم يعتبر الاختلاف فيه فبقي مجرد دعوى استحقاق الربح اما السلم لازم فصار الاصل ان من خرج
كلامه تفسيرا فالقول لصاحبه بالاتفاق وان خرج خصومة ووقع الاتفاق على عقد واحد فالقول
لصاحبه الاتفاق لمدعي الصحة عنده وعندهما للمنكر وان انكر الصحة ويجوز السلم في الثياب اذا
بين طولا وعرضا ورقعة لانه اسلم في معلوم مقدور التسليم على ما ذكرنا وان كان ثوب حرير
لا بد من بيان وزنه ايضا لانه مقصود فيه فلا بد من البيان ولا يجوز السلم في الجواهر ولا في الخرز
لان آحادها متفاوت تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التي تباع وزنا يجوز السلم لانه مما يعلم
بالوزن ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر اذا سمى ملبنا معلوما لانه عددي متقارب لا سيما اذا
سمى للبن وقال وكل ما امكن ضبط صفته ومعرفة مقداره جاز السلم فيه لانه لا يفضي الى
المنازعة ولا بأس بالسلم في طست او قمقمة او خفين ونحو ذلك اذا كان يعرف لاستجماع شرائط
السلم وان كان لا يعرف فلا خير فيه لانه دين مجهول قال وان استصنع شيئا من ذلك بغير
اجل جاز استحسانا للاجماع الثابت بالتعامل وفي القياس لا يجوز لانه بيع المعدوم والصحيح
انه يجوز بيعا لا عدة والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما والمعقود عليه العين دون العمل حتى
لو جاء به مصنوعا لا في صنعته قبل العقد فاخذه جاز ولا يتعين الا باختياره حتى لو باعه
الصانع قبل ان يراه المستصنع جاز وهذا كله هو الصحيح قال وهو بالخيار ان شاء
اخذه وان شاء تركه لانه اشترى شيئا لم يره ولا خيار للصانع كذا ذكره في المبسوط
وهو الاصح وعن ابي حنيفة رح ان له الخيار ايضا لانه لا يمكنه تسليم المعقود عليه الا بضرر
وهو قطع القرم وغيره وعن ابي يوسف رح انه لا خيار لهما اما الصانع فلما ذكرنا واما
المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع لانه لا يشتريه غيره بمثله قال
ولا يجوز في الاعمال فيه كالثياب لعدم الجواز وفيما فيه تعامل جاز سلما عند ابي حنيفة رح خلافا

انما يجوز اذا امكن اعلامه بالوصف ليمكن التسليم وانما قال بغير اجل لانه لو ضرب الاجل فما فيه تعامل
انما يجوز يصير سلما عند ابي حنيفة رح خلافا لهما ولو ضربه فيما لا تعامل فيه يصير سلما بالاتفاق لهما
ان اللفظ حقيقة للاستصناع فيحافظ على قضيته ويحمل الاجل على التعجيل بخلاف ما لا تعامل فيه
لانه استصناع فاسد فيحمل على السلم الصحيح ولابي حنيفة رح انه دين بخلاف السلم وجواز السلم بالاجماع
لا شبهة فيه وفي تعامله الاستصناع نوع شبهة فكان الحمل على السلم اولى مسائل شتى قال ويجوز بيع
الكلب والفهد والسباع المعلم وغير المعلم في ذلك سواء وعن ابي يوسف رح انه لا يجوز بيع
الكلب العقور لانه غير منتفع به وقال الشافعي رح لا يجوز بيع الكلب لقوله عم ان من السحت مهر البغي
وثمن الكلب ولانه نجس العين والنجاسة تنفر عن جواز البيع باعتباره فكان منتفيا ولنا انه عم
نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد او ماشية ولانه منتفع به حراسة واصطيادا فكان مالا فيجوز بيعه بخلاف
الهوام المؤذية لانه لا ينتفع بها والحديث محمول على الابتداء تعاملهم عن الاقتناء ولا نسلم نجاسة
العين ولو سلم يحرم التناول والاكل دون البيع قال ولا يجوز بيع الخمر والخنزير لقوله عم ان الذي حرم
شربها حرم بيعها واكل ثمنها ولانه ليس بمال في حقنا وقد ذكرناه قال واهل الذمة في البياعات
كالمسلمين لقوله عم خذ ذلك الحديث فاعلمهم ان لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين ولانهم مكلفون مخاطبون
كالمسلمين الا في الخمر والخنزير خاصة فان عقدهم على الخمر كعقد المسلم على العصير وعقدهم على الخنزير كعقد
المسلم على الشاة انهما اموال فيما عندهم ونحن امرنا ان نتركهم وما يدينون وقد عمر رض ولوم بيعها
وخذوا العشر من اثمانها ومن قال لغيره بع عبدك من فلان بالف درهم على اني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى
الالف فهو جائز وباعه بالالف فالمشتري والخمسمائة الضامن وان كان لم يعلم الثمن جاز البيع بالالف ولا شيء على
الضامن واصل ان الزيادة في الثمن والمثمن جائز عندنا وتلحق باصل العقد صح والزفر والشافعي رحمهما الله لا تغيير
للعقد عن وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه عدلا او فاسقا او رابحا فلا يستفيد المشتري
بها شيئا زاد في الثمن وهو يساوي المبيع بدونها فيصح اشتراطه على الاجنبي كبدل الخلع لكن من شرطها
المعاينة تسمية وصورة فاذا قال زد في الثمن وجد شرطه فيصح واذا لم يعلم الثمن لم يوجد شرطه فلم يصح
قال ومن اشترى جارية ولم يقبضها حتى زوجها فوطئها الزوج فالنكاح جائز لوجود سبب الولاية
وهو الملك في الرقبة على الكمال وهذا قبض لان وطء الزوج حصل بتسليط من جهته فصار كأنه

بدون البيع وفيه ابطال حق المشتري وان لم يدره ان هو بيع العبد او في
الثمن لان ملك المشتري ظهر باقراره فيظهر على الوجه الذي اقر به مشغولا
بحقه واذا تعذر استيفاؤه يبيعه القاضي فيه كالراهن اذا مات
والمشتري اذا مات مفلسا والمبيع لم يقبض بخلاف ما بعد القبض
لان حقه لم يبق متعلقا بالعبد ثم ان فضل شيء يمسك المشتري
لانه بدل حقه وان نقص يتبع هو ايضا فان كان المشتري اثنين
وغاب احدهما فللحاضر ان يدفع الثمن كله ويقبضه فاذا حضر
الآخر لم يأخذ نصيبه حتى ينقد شريكه الثمن عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف رح الله اذا دفع الحاضر الثمن كله لم
يقبض الا نصيبه وكان متطوعا بما ادى عن صاحبه لانه قضى
دين غيره بغير امره فلا يرجع عليه وهو اجنبي عن نصيب صاحبه فلا يقبضه
ولهما انه مضطر فيه لانه لا يمكنه الانتفاع بنصيبه الا باداء جميع
الثمن لان البيع صفقة واحدة وله حق الحبس ما بقي شيء من المضطر
يرجع كمعير الرهن واذا كان له ان يرجع عليه كان له الحبس عنه
الى ان يستوفي حقه كالوكيل بالشراء اذا قضى الثمن من مال نفسه
قال ومن اشترى جارية بالف مثقال ذهب وفضة فيها خمسمائة
لانه اضاف المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة
مثقال لعدم الاولوية ومثله لو اشترى بالف من الذهب والفضة
يجب من الذهب ثلثمائة ومن الفضة ستمائة لانه اضاف الالف
اليهما فينصرف الى الوزن المعهود في كل واحد منهما ومن له عليه
آخر عشرة دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فانفقها او هلكت
فهو قضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رح يرد مثل زيوفه
ويرجع بدراهمه لان حقه في الوصف مرعي كصفة الاصل ولا يمكن رعايته

بايجاب ضمان الوصف لانه لا قيمة له عند المقابلة بجنسه فوجب
المصير الى ما قلنا ولهما انه من جنس حقه حتى لو تجوز به فيما لا يجوز
الاستبدال به فيقع به الاستيفاء ولا يبقى حقه الا في الجودة فلا يمكن
تداركها بايجاب ضمانها لما ذكرنا وكذا بايجاب ضمان الاصل لانه ايجاب
له عليه ولا نظير له قال واذا فرخ طير في ارض رجل فهو لمن
اخذه وكذا اذا باض فيها وكذا اذا تكسر فيها ظبي لانه مباح سبقت
يد اليه لانه صيد ولو كان يوخذ بغير حيلة والصيد لمن اخذه وكذا
البيض اصل الصيد ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره او شيه وصاحب
ارض لم يعد ارضه لذلك فصاد لنصب شبكة للكفاف وكذا اذا دخل
الصيد داره او وقع ما ثور من السكر والدراهم في ثيابه ما لم يلقه او
كان مستعدا له خلافا واذا عسل النحل في ارضه لانه عدم انزاله
فيملكه تبعا لارضه كالشجر النابت فيه والتراب المجتمع في ارضه بجريان
الماء والله اعلم بالصواب

كتاب الصرف

قال الصرف هو البيع اذا كان كل واحد
من عوضيه من جنس الاثمان سمي به لحاجة الى النقل في بدليه من يد
الى يد والصرف هو النقل والرد لغة او لانه لا يطلب منه الا الزيادة
اذ لا ينتفع بعينه والصرف هو الزيادة لغة كذا قاله الخليل ومنه
سميت العبادة النافلة صرفا قال فان باع فضة بفضة او ذهبا
بذهب لا يجوز الا مثلا بمثل وكذا اختلفت في الجودة والصياغة لقوله
عليه السلام الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنا بوزن يدا بيد والفضل ربوا
الحديث ولما بينا ورد بها سواء وقد ذكرناه في البيوع قال
ولا بد من قبض العوضين قبل الافتراق لما روينا ولقول عمر رضي الله عنه وان
استنظرك ان يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا يؤمن فيفوت احدهما

الا العقد عن الكالي بالكالي ثم لا بد من قبض الآخر تحقيقا للمساواة فلا يتحقق الربوا
او لان احدهما ليس باولى من الآخر فوجب قبضهما سواء كانا متعينين كالمصوغ
او لا يتعينان كالمضروب او يتعين احدهما ولا يتعين الآخر اطلاقا لما روينا
ولانه لو كان يتعين فيه شبهة عدم التعيين لكونه ثمنا خلقة فيشترط قبضه
اعتبارا للشبهة في الربوا والمراد منه الافتراق بالابدان حتى لو ذهبا
يمشيان معا في جهة واحدة او نائما في المجلس واغمي عليهما لا يبطل الصرف
لقول ابن عمر رضي الله عنهما ولو وثب من سطح فوقعه وكذا المعتوه ما ذكرنا
في قبض رأس مال السلم خلافا لزفر لانه يبطل بالاعراض فيه
قال وان باع الذهب بالفضة جاز التفاضل لعدم الجانسة
ووجب التقابض لقوله عليه السلام الذهب بالورق ربوا الا هاء وهاء
افترقا في الصرف قبل قبض العوضين او احدهما بطل العقد لفوات
الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح شرط الخيار فيه ولا الاجل وان
باعهما الا يبقى القبض مستحقا وبالتأني يفوت القبض المستحق الا اذا
اسقط الخيار في المجلس فيعود الى الجواز لارتفاعه قبل تقرره قال
ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه حتى لو باع دينارا بعشرة
دراهم ولم يقبض العشرة حتى اشترى بها ثوبا فالبيع في الثوب فاسد
لان القبض مستحق بالعقد حقا لله تعالى وفي تجويز تصرفه فواته وكان
ينبغي ان يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر رحمه الله لان الدراهم لا تتعين
فينصرف البيع الى مطلقها ولكنا نقول الثمن في باب الصرف مبيع
لان البيع لا بد له منه ولا شيء سوى الثمنين فيجعل كل واحد منهما
مبيعا لعدم الاولوية وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز وليس من
ضرورة كونه مبيعا ان يكون متعينا كما في المسلم فيه قال ويجوز
بيع الذهب بالفضة مجازفة لان المساواة غير مشروطة فيه لكن

يشترط القبض في المجلس لما ذكرنا بخلاف ما اذا باعه بجنسه مجازفة
فيه من احتمال الربوا قال ومن باع جارية قيمتها الف مثقال فضة
وفي عنقها طوق فضة فيه الف مثقال بالف مثقال فضة وتقدم الثمن
الف مثقال ثم افترقا فالذي نقد ثمن الفضة لان قبض حصة الطوق
واجب في المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر من حاله انه يأتي بالواجب
وكذا لو اشتراها بالف مثقال الفا نسيئة والفا نقدا فالنقد ثمن الطوق
لان الاجل في الصرف باطل وفي بيع الجارية جائز والظاهر انه
المباشرة على وجه الجواز وكذا لو باع سيفا محلى بمائة درهم وحليته
خمسون ودفع ثمنه خمسين جاز البيع وان كان المقبوض حصة الفضة
ولم يتعرض لكل منهما ولكذا ان قال خذ هذه الخمسين من ثمنهما لانه تذكر
الاثنان ويراد به الواحد فان الله تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان و
المراد احدهما فيحمل عليه لان الظاهر حاله فان لم يتقابضا حتى
افترقا بطل العقد في الحلية لانه صرف غير وكذا في السيف ان كان لا يتخلص
الا بضرر لانه لا يمكن تسليمه بدون الضرر ولهذا لا يجوز افراده بالعقد
كالجذع في السقف وان كان يتخلص بغير ضرر جاز البيع في السيف وبطل
في الحلية لانه امكن افراده بالبيع فصار كالطوق والجارية ثم انما يجوز
هذا العقد اذا كانت الفضة المفردة ازيد مما فيه
واما اذا كانت مثله او اقل او لا يدري لا يجوز البيع للربوا والجهالة
وجهة الفساد من وجهين فترجحت قال ومن باع اناء فضة ثم افترقا
وقد قبض ثمنه بطل البيع فيما لم يقبض وصح فيما قبض شرطه وبطل فيما
لم يوجد والفساد طارئ لانه يصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولو استحق
بعض الاناء فالمشتري بالخيار ان شاء اخذ الباقي بحصته وان شاء رد لان الشركة
عيب في الاناء قال ومن باع قطعة نقرة ثم استحق بعضها هذا ما بقي

بقي بحصتها ولا خيار له لانه لا يضره التبعيض قال ومن باع
درهمين ودينارا بدرهم ودينارين جاز البيع وجعل كل جنس بخلافه
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز وعلى هذا الخلاف اذا باع كر
شعير وكر حنطة بكري شعير وكري حنطة لهما ان في الصرف الى
خلاف الجنس تغيير تصرفه لانه قابل الجملة بالجملة ومن قضيته
الانقسام على الشيوع لا على التعيين والتغيير لا يجوز ولئن كان فيه
تصحيح التصرف كما اذا اشترى ثوبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما
مرابحة لا يجوز وان امكن صرف الربح الى الثوب وكذا اذا اشترى
عبدا بالف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بالف وخمسمائة
لا يجوز في المشترى بالف وان امكن تصحيحه بصرف الالف اليه وكذا
اذا جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك احدهما لا يجوز وان امكن
تصحيحه بالصرف الى عبده وكذا اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب
وافترقا من غير قبض فسد البيع في الدرهمين ولا يصرف الدرهم الى
الثوب لما ذكرنا ولنا ان المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد
بالفرد كما في مقابلة الجنس بالجنس وانه طريق متعين للتصحيح فيحمل عليه
تصحيحا لتصرفه وفيه تغيير وصفه لا اصله لانه يبقى موجبه على
وهو ثبوت الملك في الكل مقابلة الكل وصار كما اذا باع نصف عبد مشترك
بينه وبين غيره ينصرف الى نصيبه تصحيحا لتصرفه بخلاف ما
من المسائل اما مسئلة المرابحة فلانه يصير تولية في الثوب بصرف الربح
كله الى الثوب وفي المسئلة الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه يمكن
ان يصرف الزيادة على الالف الى المشترى وفي الثالثة اضيف البيع الى
المنكر وهو ليس بمحل للبيع والمعين منه وفي الاخيرة العقد انعقد
صحيحا والفساد في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء قال ومن باع

أحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار جاز البيع وكانت العشرة بمقابلة
والدينار بدرهم لأن شرط البيع في الدراهم التماثل على ما روينا فالظاهر
أنه أراد به ذلك فيبقى الدرهم بالدينار وهما جنسان لا يعتبر التساوي
فيهما ولو تبايعا فضة بفضة أو ذهبا بذهب وأحدهما أقل ومعه
شيء آخر جاز البيع من غير كراهة إن بلغت قيمته قيمة باقي الفضة
وإن لم يبلغ فمع الكراهة وإن لم يكن له قيمة كالتراب لا يجوز البيع
لأن الزيادة لا يقابلها عوض فيكون ربوا قال ومن كان له على
آخر عشرة دراهم فباعه الذي عليه العشرة دينارا بعشرة دراهم ودفع
الدينار ودرهما تقاصا العشرة بالعشرة فهو جائز ومعنى المسألة إذا باع
بعشرة مطلقة ووجهه أنه يجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه
بالقبض لما ذكرنا والدين ليس بهذه الصفة فلا يقع المقاصة
بنفس العقد لعدم المجانسة فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول
والإضافة إلى الدين إذ لولا ذلك يكون استبدالا لا بدل الصرف
وفي الإضافة إلى الدين يقع المقاصة بنفس العقد على ما نذكره
والفسخ قد يثبت بطريق الاقتضاء كما إذا تبايعا بألف ثم بألف وخمسمائة
وذكر رحمه الله خلافا لأنه لا يقول بالاقتضاء وكذا إذا كان الدين
سابقا فإن كان لاحقا فكذلك في أصح الروايتين لتضمنه انفساخ
الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد فكفى ذلك
للجواز قال ويجوز بيع درهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين
صحيحين ودرهم غلة والغلة ما يرده بيت المال ويأخذه التجار وعن
وجهه أن الجودة ساقطة العبرة وقد ثبت المساواة في الوزن
فيجوز قال إذا كان الغالب على الدراهم الفضة فهي دراهم
وإذا كان الغالب على الدنانير الذهب فهي ذهب ويعتبر فيها

ومن تحريم التفاضل ما يعتبر في الجياد حتى لا يجوز بيع الخالصة بها ولا بيع
بعضها ببعضها إلا متساويا في الوزن وكذا لا يجوز الاستقراض بها
إلا وزنا لأن النقود لا تخلو عن قليل غش عادة لأنها لا تنطبع إلا مع
الغش وقد يكون الغش خلقيا وهو الرديء منه فيلحق القليل
بالرداءة والجيد والرديء سواء وإن كان الغالب عليها الغش فليس
في حكم الدراهم والدنانير اعتبارا للغالب فإن اشترى بها فضة خالصة
فهو على الوجوه التي ذكرناها في حلية السيف وإن بيعت بجنسها
متفاضلا جاز صرفا للجنس إلى خلاف الجنس وهي في حكم شيئين فضة
وصفر ولكنه صرف حتى يشترط القبض في المجلس لوجود الفضة
من الجانبين وإذا اشترط القبض في الفضة شرط في الصفر لأنه لا
يتميز عنه إلا بضرر قال شيخ الإسلام ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك
في العدالي والغطارفة لأنها أعز الأموال في ديارنا فلو أبيح
التفاضل فيه ينفتح باب الربوا ثم إن كانت تروج بالوزن فالتبايع
والاستقراض فيها بالوزن وإن كانت تروج بالعد فبالعد ولو كانت
تروج بهما فيكون واحد منهما لأن المعتبر هو المعتاد فيهما إذا لم يكن
فضة ثم هي ما دامت تروج تكون أثمانا لا تتعين بالتعيين ولو كانت
لا تروج فهي سلعة تتعين بالتعيين ولو كانت يقبلها البعض
دون البعض فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها
زيوفا إن كان البائع يعلم بحالها لثبوت الرضا منه وبجنسها من
الجياد إن لا يعلم لعدم الرضا منه قال وإذا اشترى بها سلعة
ثم كسدت وترك الناس المعاملة بها بطل البيع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال
أبو يوسف عليه قيمتها يوم البيع وقال محمد قيمتها آخر ما تعامل الناس بها
له أن العقد قد صح إلا أنه تعذر التسليم بالكساد وأنه لا يوجب الفساد

كما اذا اشترى بالرطب فانقطع واذا بقي العقد يجب القيمة لكن عند ابي يوسف
يوم البيع لانه مضمون به وعند محمد يوم الانقطاع لانه اوان
الانتقال الى القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان الثمن يهلك
بالكساد لان الثمنية بالاصطلاح وما بقي فيبقى ثمنا بلا ثمن فيفسد
واذا بطل البيع يجب رد المبيع ان كان قائما وقيمته ان كان
هالكا كما في البيع الفاسد ويجوز البيع بالفلوس لانها مال معلوم
فان كانت نافقة جاز البيع وان لم يعين لانها اثمان بالاصطلاح
وان كانت كاسدة لم يجز البيع بها حتى يعينها لانها سلعة فلا بد
من تعيينها وان باع بالفلوس النافقة ثم كسدت بطل البيع عند
ابي حنيفة خلافا لهما وهو نظير الاختلاف الذي بيناه ولو استقرض
فلوسا فكسدت عند ابي حنيفة رحمه الله عليه مثلها لانه اعارة
وموجبه رد العين معنى والثمنية فضل فيه اذا العين
لا يختص به وعندهما يجب قيمتها لانه لما بطل وصف الثمنية تعذر
ردها كما قبض فيجب رد القيمة كما اذا استقرض مثليا فانقطع لكن عند
ابي يوسف رحمه الله يوم القبض وعند محمد يوم الكساد على ما مر من
قبل واصله اختلافهم فيمن غصب مثليا فانقطع وقول ابي يوسف
ابي يوسف ايسر واحسن ومن اشترى بنصف درهم فلوس جاز وعليه
ما يباع بنصف درهم من الفلوس وكذا اذا قال بدانق فلوس او بقيراط
فلوس جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز في جميع ذلك لانه اشترى بالفلوس
وانها تتقدر بالعدد لا بالدانق والدرهم فلا بد من بيان عددها ولنا
ما يباع بالدانق ونصف الدرهم من الفلوس معلوم عند الناس فاغنى
عن بيان العدد ولو قال بدرهم فلوس او بدرهمين فلوس فكذلك عند ابي
يوسف رحمه الله لان ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن

الدرهم من الفلوس وعن محمد رحمه الله انه لا يجوز ويجوز فيما دون
الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار
معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول ابي يوسف اصح
لا دينارا ومن اعطى صيرفيا درهما وقال اعطني نصفه فلوسا و
نصفه نصفا الاجنة جاز البيع في الفلوس وبطل فيما بقي عندهما
لان بيع نصف درهم بالفلوس جائز وبيع النصف بنصفه الاجنة
ربوا فلا يجوز وعلى قياس قول ابي حنيفة رحمه الله بطل في الكل لان الصفقة
متحدة والفساد قوي فيشيع وقد مر نظيره ولو كرر لفظ الاعطاء
كان جوابه كجوابهما هو الصحيح لانهما بيعان ولو قال اعطني نصف
درهم فلوس ونصفا الاجنة جاز لانه قابل الدرهم بما يباع من
الفلوس بنصف درهم وبنصف درهم الاجنة فيكون نصف درهم
الاجنة بمثله وما وراءه بازاء الفلوس وذكر في اكثر نسخ المختصر ذكر
المسئلة الثانية ولو اعطى بنصفه فلوسا وبنصفه درهما صغيرا
وزنه نصف درهم جاز لانه قابل النصف بفلوس معلومة والنصف
بمثله الا انه في حق الدرهم صرف فيشترط القبض فيه وفي حق
الفلوس بيع فيكتفى بقبض احدهما كيلا يكون كالبا بكالي وهذا هو
الحكم في بيع الفلوس بالفلوس والفلوس بالدراهم انه يكتفى بقبض
احد العوضين لانها ليست اثمانا مطلقة لثبوت ثمنيتها بالاصطلاح
بخلاف الدراهم والدنانير

كتاب الكفالة

قال الكفالة لغة تنبئ عن الضم ومنه قوله تعالى
وكفلها زكريا وهي ضم الذمة الى الذمة في المطالبة وفي الدين
والاول اصح قال الكفالة ضربان كفالة بالنفس وكفالة بالمال
والكفالة بالنفس جائزة ومعنى بها احضار المكفول به وقال

الشافعي في قول لا تجوز لأنه كفل بما لا يقدر على تسليمه إذ لا قدرة له
على نفس المكفول به بخلاف الكفالة بالمال لأن له ولاية على مال نفسه
ولنا قوله عليه السلام الزعيم غارم وهذا يفيد مشروعية الكفالة
بنوعيه ولأنه يقدر على تسليمه بطريقه بأن يعلم الطالب مكانه فيخلي
بينه وبينه أو يستعين بأعوان القاضي والحاجة ماسة إليه وقلما
أمكن تحقيق معنى الكفالة وهو الضم في المطالبة فيه ويعتبر إذا قال
تكفلت بنفس فلان أو برقبته أو بروحه أو بجسده أو برأسه وكذا بيده
وبوجهه لأن هذه الألفاظ يعبر بها عن جميع البدن إما حقيقة أو عرفا
على ما مر في الطلاق وكذا إذا قال بنصفه أو ثلثه أو بجزء منه لأن
النفس الواحدة في حق الكفالة لا تتجزى فكان ذكر بعضها شائعا كذكر
كلها بخلاف ما إذا قال تكفلت بيد فلان أو برجله لأنه لا يعبر بهما عن البدن
حتى لا تصح إضافة الطلاق إليهما وفيما تقدم يصح وكذا إذا قال هو حسنة
لأنه تصريح بموجبه أو قال علي لأنه صيغة الالتزام أو قال إلي في معنى
علي في هذا المقام قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته ومن ترك كلا أو عيالا
فإلي وكذا إذا قال أنا زعيم به أو قبيل به لأن الزعامة هي الكفالة وقد
وقد روينا فيه والقبيل هو الكفيل وكذا إذا سمى الصك كفالة بخلاف ما
إذا قال أنا ضامن لمعرفته لأنه التزام المعرفة دون المطالبة قال
فإن شرط في الكفالة تسليم المكفول به في وقت بعينه لزمه إحضاره إذا
طالبه في ذلك الوقت وفاء بما التزم فإن أحضره وإلا حبسه الحاكم
لامتناعه عن إيفاء حق مستحق ولكن لا يحبسه أول مرة فلعله ما دري
لما ذكرنا ولو غاب المكفول بنفسه أمهله الحاكم مدة ذهابه ومجيئه
فإن مضت ولم يحضر حبسه لتحقق الامتناع عن إيفاء الحق وإذا أحضره
الكفيل وسلمه في مكان يقدر المكفول له لمخاصمته مثل أن يكون في مصر

برئ الكفيل عن الكفالة لأنه أتى بما التزمه وحصل المقصود به وهذا لأنه
ما التزم التسليم إلا مرة وإذا كفل على أن يسلمه في مجلس القاضي فسلمه
في السوق برئ لحصول المقصود وقيل في زماننا لا يبرأ لأن الظلم
المعاونة على الامتناع لا على الإحضار فكان التقييد مفيدا ولو سلمه
برية لم يبرأ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها فلم يحصل المقصود وكذا لو
سلمه في سواد لعدم قاض يفصل الحكم فيه ولو سلم في مصر آخر غير
المصر الذي كفل فيه برئ عند أبي حنيفة رحمه الله لتمكنه على المخاصمة
فيه وعندهما لا يبرأ لأنه قد يكون شهوده فيما عينه ولو سلمه في
السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لعدم القدرة على المخاصمة وإذا
مات المكفول به برئ الكفيل من الكفالة لأنه عجز عن إحضاره ولأنه
سقط الحضور عن الأصيل فيسقط الإحضار عن الكفيل وكذا إذا مات
الكفيل لأنه لم يبق قادرا على تسليم المكفول بنفسه وماله لا يصلح
لإيفاء هذا الواجب بخلاف الكفيل بالمال ولو مات المكفول له فللورثة
أن يطالبوا الكفيل فإن لم يكن فلوارثه لقيامهم مقام الميت قال
ومن كفل بنفس رجل ولم يقل إذا دفعت إليك فأنا برئ فدفعه إليه فهو
برئ لأنه موجب التصرف فيثبت بدون التنصيص عليه ولا يشترط
قبول الطالب التسليم كما في قضاء الدين ولو سلم المكفول به بنفسه
من كفالته صح لأنه مطالب بالخصومة فكان له ولاية الدفع وكذا إذا
سلمه إليه وكيل الكفيل ورسوله لقيامهما مقامه فإن كفل بنفسه
على أنه إن لم يوافه إلى وقت كذا فهو ضامن لما عليه وهو الف فلم
يحضره إلى الوقت لزمه ضمان المال لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم
الموافاة وهذا التعليق صحيح فإذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ
عن الكفالة بالنفس لأن وجوب المال عليه بالكفالة لا ينافي الكفالة بنفسه

اذ كل واحد منهما للتوثق وقال الشافعي رحمه الله لا يصح هذه الكفالة
لانه تعليق سبب وجوب المال بالخطر فشابه البيع ولنا ان الكفالة
يشبه البيع ويشبه النذر من حيث انه التزام فقلنا لا يصح
تعليقها بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه ويصح بشرط متعارف
عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف قال ومن
كفل بنفس رجل وقال ان لم يوافي به غدا فعليه المال فان مات
المكفول عنه ضمن المال لتحقق الشرط وهو عدم الموافاة قال
ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها او لم يبينها حتى كفل بنفسه
رجل على انه ان لم يوافي به غدا فعليه المائة فطالبه فلم يوافي به
غدا فعليه المائة عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله
ان لم يبينها حتى كفل ثم ادعى بعد ذلك لم يلتفت الى دعواه
لانه علق ملا مطلق بخطر الا يرى انه لم ينسبه الى ما عليه فلا
تصح الكفالة على هذا الوجه ولنا انه لم يصح الدعوى من
غير بيان فلم يجب احضار النفس واذا لم تجب لا تصح الكفالة بالنفس
فلا تصح بالمال لانه بناء عليه بخلاف ما اذا بين وهما ان المال ذكر معرفا
فينصرف الى ما عليه والعلة جرت بالاجمال في الدعاوى فتصح
الدعوى على اعتبار البيان فاذا بين الحق البيان باصل الدعوى فتبين
صحة الكفالة الاولى فيترتب عليها الثانية قال ولا تجوز الكفالة بالنفس
في الحدود والقصاص عند ابي حنيفة رحمه الله معناه لا تجبر عليها
عنده وقالا تجبر في حد القذف لان فيه حق العبد وفي القصاص لانه
خالص حق العبد بخلاف الحدود الخالصة لله تعالى ولابي حنيفة
رحمه الله قوله عليه السلام لا كفالة في حد من غير فصل ولان مبنى الكفالة على
الدرك فلا يجب فيها الاستيثاق بخلاف سائر الحقوق لانها لا تندرئ

بالشبهات فيلتحق بها الاستيثاق كما في التعزير ولو كفل بنفسه
يصح بالاجماع لانه امكن ترتيب موجبه عليه لان تسليم النفس فيها واجب
فيطالب به الكفيل فيتحقق الضم قال ولا يحبس
فيها حتى يشهد شاهد له او شاهد عدل يعرفه القاضي لان
الحبس للتهمة هنا والتهمة تثبت باحد شطري الشهادة وهو العدد
او العدالة بخلاف الحبس في باب الاموال لانه اقصى عقوبة فيه
فلا يثبت الا بحجة كاملة وذكر في ادب القاضي له على قولهما لا يحبس في
الحدود والقصاص بشهادة الواحد لحصول الاستيثاق بالكفالة
قال والرهن والكفالة جائزان في الخراج لانه دين يطالب به ممكن
الاستيفاء فيمكن ترتيب موجب العقد عليه فيهما قال ومن اخذ
من رجل كفيلا بنفسه ثم ذهب فاخذ منه كفيلا آخر فهما كفيلان
موجبه التزام المطالبة وهي متعددة والمقصود التوثق
وبالثانية يزداد التوثق فلا تنافيان واما الكفالة بالمال فجائزة
معلوما كان المكفول به او مجهولا اذا كان الدين صحيحا مثل ان
يقول تكفلت عنه بالغداء وما لك عليه او بما يدرك لك في هذا البيع
لان مبنى الكفالة على التوسع فيتحمل فيه الجهالة وعلى الكفالة بالدرك
اجماع ولو قال بحجة وصار كما اذا كفل بحجة صحت ولو احتمل السراية
والاقتصار ومراده من صحة الدين ان لا يكون بدل الكتابة وسنذكره
من بعد ان شاء الله تعالى والمكفول له بالخيار ان شاء طالب الذي
عليه الاصل وان شاء طالب كفيله لان الكفالة ضم الذمة الى الذمة
في المطالبة وذلك يقتضي قيام الاول لا البراءة عنه الا اذا شرط
فيه البراءة فحينئذ تنعقد حوالة اعتبارا للمعنى كما ان الحوالة بشرط
ان لا يبرأ بها المحيل تكون كفالة ولو طالب احدهما له ان يطالب

الآخر وله أن يطالبهما لأن مقتضاه الضم بخلاف المكاتب إذا اختار أحد
العاصبين لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه فلا يمكنه التمليك
من الثاني أما المطالبة بالكفالة لا تتضمن التمليك فوضح الفرق قال
ويجوز تعليق الكفالة بالشروط مثل أن يقول ما بايعت فلانا فعلي وفاء ما
ذاب له عليه فعلي وما غصبك فعلي والأصل فيه قول الله تعالى ولمن
جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والإجماع على صحة الضمان الذي هو الأصل
أنه يصح تعليقه بشرط ملائم له مثل أن يكون شرطا لوجوب الحق كقوله
إذا استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء مثل قوله إذا قدم فلان وهو
مكفول عنه أو لتعذر الاستيفاء مثل قوله إذا غاب عن البلد وما ذكر
من الشروط في معنى ما ذكرناه فأما لا يصح التعليق بمجرد الشرط كقوله
إن هبت الريح أو جاء المطر ولذا إذا جعل واحدا منهما أجلا لأنه
تصح الكفالة ويجب المال حالا لأن الكفالة لما صح تعليقها بالشرط
لا تبطل بالشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق فإن قال تكفلت
بما لك عليه فقامت البينة بالف عليه ضمنه الكفيل لأن الثابت بالبينة
كالثابت معاينة فتحقق ما عليه وصح الضمان به وإن لم تقم البينة فالقول
قول الكفيل مع يمينه في مقدار ما يعترف به لأنه منكر للزيادة فإن اعترف
المكفول عنه بالمال وذلك لم يصدق على كفيله لأنه أقر على الغير ولا ولاية
له على الغير ويصدق في حق نفسه لولايته عليها وتجوز الكفالة بأمر
المكفول عنه وبغير أمره لإطلاق ما روينا ولأن التزام المطالبة وهو
تصرف في حق نفسه وفيه نفع الطالب ولا ضرر فيه على المطلوب
بثبوت الرجوع إذ هو عند أمره وقد رضي به فإن كفل بأمره رجع بما
أدى عليه لأنه قضى دينه بأمره وإن كفل بغير أمره لم يرجع عليه بما يؤديه
لأنه متبرع بأدائه وقوله رجع بما أدى محمول على ما إذا لأدى ما ضمنه

اما اذا ادى خلافه فذلك يرجع بما ضمن لانه ملك الدين بالاداء فنزل
منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة او بالارث وكذا اذا ملكه المحتال عليه
بما ذكرنا في الحوالة بخلاف المامور بقضاء الدين حيث يرجع بما ادى
لانه لم يجب عليه شيء حتى يملكه بالاداء وبخلاف ما اذا ابرأ الكفيل
قال وليس للكفيل ان يطالب المكفول عنه بالمال قبل ان يؤدي عنه
لانه لا يملكه قبل الاداء بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء
لانه انعقد بينهما مبادلة حكمية قال فان لوزم بالمال كان له
ان يلازم المكفول عنه حتى يخلصه وكذا اذا حبس كان له ان يحبسه
لانه لحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله واذا ابرأ الطالب المكفول عنه
او استوفى منه برئ الكفيل لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل لان
الدين عليه في الصحيح وان ابرأ الكفيل لم يبرأ المكفول عنه لان عليه
المطالبة وبقاء الدين على الاصيل بدونه جائز وكذا اذا اخر الطالب
عن الاصيل فهو تاخير عن كفيله وان اخر عن الكفيل لم يكن تاخيرا عن
الذي عليه الاصل لان التاخير ابراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد بخلاف
ما اذا كفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر فانه يتاجل عن الاصيل لانه لا حق
له الى الدين حال وجود الكفالة فصار الاجل داخلا فيه اما هنا
فان صالح الكفيل رب المال عن الالف على خمسماية فقد برئ الكفيل والمكفول
عنه الاصل لانه اضاف الصلح الى الالف الذي هو على الاصيل فبرأه
عن خمسماية لانه اسقاط وبراءته توجب براءة الكفيل ثم برأ جميعا عن
خمسماية باداء الكفيل ورجع الكفيل على الاصيل بخمسماية لكن الكفالة
بامره بخلاف ما اذا صالح على جنس آخر لانه مبادلة فلذلك يرجع بجميع
الالف ولو كان صالحه عما استوجب بالكفالة لانه ابرأ الكفيل عن المطالبة
ومن قال الكفيل ضمن له مالا قد برئت الى سنة الى المال رجع الكفيل على المكفول عنه

معناه أنه يأمره لأن البراءة التي ابتداؤها من المطلوب وانتهاؤها إلى الطالب
لا تكون إلا بالإيفاء فيكون إقراراً بالأداء فيرجع قال ولو قال أبرأتك
لم يرجع الكفيل على المكفول عنه لأنه براءة لا تنتهي إلى غيره وذلك بالاستيفاء
فلم يكن إقراراً بالإيفاء ولو قال أبرأت قال محمد رحمه الله هو مثل الثاني لأنه
يحتمل البراءة بالأداء والإبراء فيثبت الأدنى ولا يرجع الكفيل بالشك
وقال أبو يوسف رحمه الله هو مثل الأول لأنه إقرار ببراءة ابتداؤها من المطلوب
وإليه الإيفاء دون الإبراء وقيل في جميع ما ذكرنا إذا كان الطالب
حاضراً يرجع في البيان إليه لأنه هو المجمل قال ولا يجوز تعليق
البراءة من الكفالة بالشرط لما فيه من معنى التمليك كما في سائر البراءات
ويروى أنه تصح لأن عليه المطالبة دون الدين في الصحيح فكان إسقاطاً
محضاً كالطلاق ولهذا لا يرتد الإبراء عن الكفيل بالرد بخلاف إبراء
الأصيل قال وكل حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تصح الكفالة
به كالحدود والقصاص معناه بنفس الحدود لا بنفس من عليه لتعذر
إيجابه عليه وهذا لأن العقوبة لا تجري فيها النيابة قال وإذا
تكفل عن المشتري بالثمن جاز لأنه دين كسائر الديون ولم تكفل عن
البائع بالمبيع لا يجوز لأنه عين مضمون بغيره وهو الثمن والكفالة
بالأعيان المضمونة وإن كانت تصح عندنا خلافاً للشافعي لكن بالأعيان
المضمونة بنفسها كالمبيع بيعاً فاسداً والمقبوض على سوم الشراء أو
المغصوب لا بما كان مضموناً بغيره كالمبيع والمرهون ولا بما كان أمانة
كالوديعة والمستعار والمستأجر ومال المضاربة والشركة ولو كفل
بتسليم المبيع قبل القبض أو بتسليم الرهن بعد القبض إلى الراهن
أو بتسليم المستأجر إلى المستأجر جاز إذا التزم فعلاً واجباً قال ومن
استأجر دابة ليحمل عليها فإن كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل لأنه أجره

عنه وإن كانت بغير عينها جازت الكفالة لأنه يمكنه الحمل على دابة نفسه
والحمل هو المستحق ولذا إذا استأجر عبداً للخدمة فكفل له رجل بخدمته
فهو باطل لما بينا قال ولا تصح الكفالة إلا بقبول المكفول له في مجلس
العقد وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز
إذا بلغه فأجاز ولم يشترط الإجازة في بعض النسخ والخلاف في الكفالة
بالنفس والمال جميعاً له أن تصرف التزام فيشبه الهبة وهذا
هذه الرواية عنه ووجه التوقف ما ذكرنا في الفضولي في النكاح ولهما
أن فيه معنى التمليك وهو تمليك المطالبة منه فيقوم بها جميعاً والموجود
شطره فلا يتوقف على ما وراء المجلس قال الفقيه مسألة واحدة وهو أن
يقول المريض لوارثه تكفل عني بما علي من الدين فكفل به مع غيبة الغرماء
لأن ذلك وصية في الحقيقة في الحقيقة ولهذا تصح ولم يسم المكفول
لهم ولهذا قالوا إنما تصح إذا كان له مال أو يقال إنه قائم مقام الطالب
لحاجته إليه تعريفاً للذمة وفيه نفع الطالب فصار كما إذا حضر بنفسه
وإنما تصح بهذا اللفظ ولا يشترط القبول لأنه يراد به التحقيق دون
المساومة ظاهراً في من له الولاية فصار كالأمر بالنكاح ولو قال المريض ذلك
لأجنبي اختلف المشايخ فيه قال وإذا مات الرجل وعليه ديون ولم
يترك شيئاً فتكفل رجل عنه للغرماء لم يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يصح
كفيل بدين ثابت لأنه وجب لحق الطالب ولم يوجد المسقط ولهذا يبقى
في حق أحكام الآخرة ولو تبرع به إنسان يصح وكذا يبقى إذا كان به كفيل أو له رهن
ولأبي حنيفة رحمه الله أنه كفل بدين ساقط لأن الدين هو الفعل حقيقة
ولهذا يوصف بالوجوب لكنه في الحكم مال لأنه يؤول إليه في المآل وقد يجبر
بنفسه وبخلفه فيكون عاقبة الاستيفاء فيسقط ضرورة والتبرع لا يعتمد
قيام الدين وإذا كان به كفيل أو له مال فجاز أو لا فيفضي إلى الإيجاب

قال ومن كفل عن رجل بألف عليه بأمره فقضاه الألف قبل أن يعطيه
صاحب المال فليس له أن يرجع فيها لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضاء
الدين فلا يجوز المطالبة ما بقي هذا الاحتمال كمن عجل زكوته ودفعها إلى
الساعي ولأنه ملكه بالقبض على ما نذكر بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة
لأنه يحفظ أمانته في يده ولو ربح الكفيل فيه فهو له لأنه يتصدق به لأنه ملكه حين قبضه
أما إذا قضى الدين فظاهر وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه وثبت له
حق الاسترداد لأنه وجب له على المكفول عنه مثل ما وجب للطالب عليه
إلا أنه أخرت المطالبة إلى وقت الأداء فنزل منزلة الدين المؤجل ولهذا لو
أبرأ الكفيل المطلوب قبل أدائه يصح فكذا إذا قبضه بملكه إلا أن فيه
نوع خبث بتيقنه فلا يعمل مع الملك فيما لا يتعين وقد قررناه في البيوع ولو
كانت الكفالة بكر حنطة فباعها وربح فيها فالربح له في الحكم لما بينا أنه ملكه
قال وأحب إلي أن يرده على الذي قضاه الكر ولا يجب عليه في الحكم
وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله في رواية الجامع الصغير وقالا هو له لا يرده على
الذي قضاه وهو رواية عنه وعنه أنه يتصدق به لهما أنه ربح في ملكه على
الوجه الذي يتأتى فيسلم له ولأبي حنيفة رحمه الله أنه تمكن الخبث مع الملك
إما لأنه بسبيل من الاسترداد بأن يقضيه بنفسه أو لأنه رضي به على
اعتبار قضاء الكفيل وإذا قضاه بنفسه لم يكن راضيا به وهذا الخبث
يعمل فيما يتعين فيكون سبيله التصدق في رواية ويرده عليه في رواية
لأن الخبث لحقه وهذا أصح لكنه استحباب لا جبر لأن الحق له قال
ومن كفل عن رجل بألف أمره فأمره الأصيل أن يبتاع به ثوبا فيعطيه فالشراء
للكفيل والربح الذي ربحه البائع فهو عليه ومعناه الأمر ببيع العينة مثل أن
يستقرض من تاجر عشرة فيشتري عليه ويبيع منه ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر
مثلا رغبة في نيل الزيادة فيبيعه المستقرض بعشرة ويتحمل خمسة

العينة لما فيه من الإعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الإعراض
عن مبرة الإقراض مطاوعة لمذموم البخل ثم قيل هذا ضمان لما يخسر المشتري
نظرا إلى قوله على وهو فاسد وليس بتوكيل وقيل هو توكيل فاسد لأن
الحرير غير متعين وكذا الثمن غير معين جهالة ما زاد على الدين وكيف ما كان
كان فالشراء للمشتري وهو الكفيل والربح إلى الزيادة عليه لأنه العاقد
كفل عن رجل بما ذكر له عليه أو بما قضى له عليه فغاب المكفول عنه فأقام
المدعي البينة على الكفيل لزمه على المكفول عنه الدرهم لم تقبل لأن
المكفول به مال يقضى به وهذا في لفظة القضاء ظاهر وكذا في الأخرى
لأن معنى ما ذاب تقرر وهو القضاء أو مال يقضى به وهذا ما من أريد به
المستأنف كقوله أطال الله بقاءك والدعوى تطلق عن ذلك فلا تصح
قال ومن أقام البينة لزمه على فلان كذا وأن هذا الكفيل بأمره فإنه
يقضى به على الكفيل وعلى المكفول عنه ولو كانت الكفالة بغير أمره يقضى على
الكفيل خاصة وإنما تقبل لأن المكفول به مال مطلق بخلاف ما تقدم وإنما
يختلف بالأمر وعدمه لأنهما يتغايران لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء ومعاوضة
انتهاء وبغير الأمر تبرع ابتداء وانتهاء فبدعواه أحدهما لا يقضى له
بالآخر وإذا قضى بها بالأمر ثبت أمره وهو يتضمن الإقرار بالمال فيقضى
مقضيا عليه والكفالة بغير أمره لا تتمحض جابية بل يعتمد صحتها قيام
الدين في زعم الكفيل فلا ينحدر إليه والكفالة بالأمر يرجع الكفيل بما
أدى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لأنه لما أنكر فقد ظلم في زعمه فلا
يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل ما زعمه قال ومن
باع دارا وكفل رجل عنه بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة
في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته ولزم لم يكن
مشروطا فيه فالمراد بها أحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذا لا يرغب فيه

دون كفالته فينزل منزلة الاقرار بملك البائع قال ولم يشهد وهم
ولم يكتفوا لم يكن تسليما وهو على دعواه لان الشهادة لا تكون شرطا
في البيع ولا هو باقرار بالملك لان البيع مرة يوجد من المالك وتارة يوجد من
غيره ولعله كتب الشهادة ليحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم قالوا اذا كتب
الصك باع وهو يملكه او بيعا باتا نافذا فكتب شهد بذلك فهو تسليم الا
اذا كتب الشهادة على اقرار المتعاقدين

فصل في الضمان

ومن باع لرجل ثوبا وضمن له الثمن او مضاربة ضمن ثمن المتاع فالضمان
باطل لان الكفالة التزام المطالبة وهي اليهما فيصير كل واحد منهما ضامنا
لنفسه ولمن المال امانة في ايديهما والضمان تغيير لحكم الشرع فيرد عليه
كاشتراطه على المودع والمستعير وكذا رجلان باعا عبدا صفقة واحدة
وضمن احدهما لصاحبه حصته من الثمن لانه لو صح الضمان مع الشركة يصير
ضامنا لنفسه ولو صح في نصيب صاحبه يؤدي الى قسمة الدين قبل قبضه
وذلك لا يجوز بخلاف ما اذا باعا صفقتين لانه لا شركة الا يرى ان للمشتري
ان يقبل نصيب احدهما ويقبض اذا نقد ثمن حصته وان قبل الكل قال
ومن ضمن عن آخر خراجه ونوائبه وقسمته فهو جائز اما الخراج فقد ذكرنا وهو
يخالف الزكوة لانها مجرد فعل ولهذا لا تؤدى بعد موته من تركته الا بوصية واما
النوائب فان اريد بها ما يكون بحق نحو كري النهر المشترك واجر الحارس والمؤن
لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وغيرها جازت الكفالة بها على الاتفاق وان اريد
بها ما ليس بحق كالجبايات في زماننا ففيه اختلاف المشايخ ومن مال الى الصحة
الشيخ الامام علي البزدوي رحمه الله واما القسمة فقد قيل هي النوائب بعينها
او حصة منها والزيادة باطلة وقيل هي النهاية الموظفة الراتبة والمراد من النوائب
ما يتوب غيره دائما في الحكم ما بيناه قال ومن قال لآخر له علي مائة الى شهر
فقال المقر له هي حالة فالقول قول المدعي وان قال ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر وقال

وقال المقر هي حالة فالقول قول الضامن ووجه الفرق ان المقر اقر
بالدين ثم ادعى حق النفس وهو تاخير المطالبة الى اجل وفي الكفالة ما اقر بالدين
لانه لا دخل عليه في الصحيح انما اقر بمجرد المطالبة بعد الشهر ولان الاجل في الديون
عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول قول من انكر الشرط كما في الخيار
اما الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت من غير شرط بان كان مؤجلا على الاصيل
والشافعي رحمه الله الحق الثاني بالاول وابو يوسف رحمه الله فيما روي عنه الحق
الاول بالثاني والفرق قد اوضحناه ومن اشترى جارية وكفل له رجل بالدرك
فاستحقت لم يأخذ الكفيل حتى يقضي له على البائع لان مجرد الاستحقاق لا ينتقض
البيع على ظاهر الرواية ما لم ينقض له بالثمن على البائع فلم يجب على الاصيل رد الثمن
فلا يجب على الكفيل بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على
البائع والكفيل وعن ابي يوسف رحمه الله انه يبطل بالاستحقاق على قياس الرجوع وهو
اول الزيادات في ترتيب الاصل قال ومن اشترى عبدا فضمن له رجل بالعهدة
فالضمان باطل لان هذه اللفظة مشتبهة قد يقع على الصك القديم وهو
ملك البائع فلا يصح ضمانه وقد تقع على العقد وعلى حقوقه وعلى الدرك وعلى الخيار
ولكل ذلك وجه فتعذر العمل بها بخلاف الدرك لانه استعمل في ضمان الاستحقاق
عرفا ولو ضمن الخلاص لا يصح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه عبارة عن تخليص المبيع
وتسليمه لا محالة وهو غير قادر عليه وعندهما هو بمنزلة الدرك وهو تسليم
المبيع او قيمته والله اعلم

باب كفالة الرجلين

واذا كان الدين على اثنين
وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه كما اذا اشتريا عبدا بالف وكفل كل واحد منهما
عن صاحبه فما ادى احدهما لم يرجع على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف فيرجع
بالزيادة لان كل واحد منهما في النصف اصيل وفي النصف الآخر كفيل ولا معارضة
بين ما عليه بحق الاصالة وبحق الكفالة لان الاول دين والثاني مطالبة ثم هو تابع
للاول فيقع عن الاول وفي الزيادة لا معارضة فيقع عن الكفالة ولانه لو وقع في

في النصف عن صاحبه فيرجع عليه فلصاحبه ان يرجع لان اداء نائبه كاداءه
يؤدي الى الدور واذا كفل رجلان عن رجل بمال على ان كل واحد منهما كفيل
عن صاحبه فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه قليلا كان او كثيرا ومعنى
المسئلة في الصحيح ان يكون الكفالة بالكل عن الاصيل وبالكل عن الشريك والمطالبة
متعددة فيجتمع الكفالتان على امر وموجبهما التزام المطالبة فتصح الكفالة عن الكفيل
كما تصح عن الاصيل وكما تصح الحوالة من المحتال عليه واذا عرف هذا فما اداه احدهما
وقع شايعا عنهما اذ الكل كفالة فلا ترجيح للبعض على البعض بخلاف ما تقدم فيرجع على
شريكه بنصفه ولا يؤدي الى الدور لان قضية الاستواء قد حصل برجوع احدهما
بنصف ما ادى بخلاف ما تقدم ثم يرجعان على الاصيل لانهما اديا عنه احدهما بنفسه والآخر
بنائبه وان شاء رجع بالجميع على المكفول عنه لانه كفل بجميع المال عنه بامره واذا براء
رب المال احدهما اخذ الآخر بالجميع لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال
كله على الاصيل والآخر كفيل بكله على ما بينا فلهذا يأخذه به واذا افترق المتفاوضان
فلصاحب الدين ان يأخذ ايهما شاء بجميع الدين لان كل واحد منهما كفيل عن صاحبه
على ما عرف في الشركة ولا يرجع احدهما على صاحبه حتى يؤدي اكثر من النصف لما مر في الوجهين
في كفالة الرجلين واذا كاتب العبدان كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه
فكل شيء اداه احدهما رجع على صاحبه بنصفه ووجهه ان هذا العقد جائز استحسانا
وطريقه ان يجعل كل واحد منهما اصيلا في حق وجوب الالف عليه ويكون عتقهما معلقا
باداء الكل وكفيلا بالالف في حق صاحبه وسنذكره في المكاتب ان شاء الله واذا عرف
ذلك فما اداه احدهما رجع بنصفه على صاحبه لاستوائهما ولو رجع بالكل لا يتحقق المساواة
قال ولو لم يؤديا شيئا حتى اعتق المولى احدهما جاز العتق لمصادفته ملكه وبرئ
عن النصف لانه ماض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق وما بقي وسيلة
فيسقط ويبقى النصف على الآخر لان المال في الحقيقة مقابل برقبتهما وانما جعل على كل
واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان واذا جاء العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتهما

فلهذا ينتصف وللمولى ان يأخذ بحصة الذي لم يعتق ايهما شاء المعتق بالكفالة
وصاحبه لاصالته فان اخذ الذي اعتق رجع على صاحبه بما يؤدي لانه مؤد عنه بامره
وان اخذ الآخر لم يرجع على المعتق بشيء لانه ادى عن نفسه والله اعلم

باب الكفالة

العبد او عنه ومن ضمن عن عبد مالا لا يجب عليه حتى يعتق ولم يسم مالا ولا غيره فهو حال
عليه لوجود السبب وقبول الذمة الا انه لا يطالب للحرمة اذ جميع ما في يده ملك المولى ولم
يرض بتعلقه به والكفيل غير محبوس قصارى ما اذا كفل عن غائب او مفلس بخلاف الدين المؤجل
لانه متأخر بموجب ثم اذا ادى رجع على العبد بعد العتق لان الطالب لا يرجع عليه الا بعد
العتق فكذا الكفيل لقيامه مقامه قال ومن ادعى على عبد مالا وكفل له رجل بنفسه فمات العبد
برئ الكفيل ~~بنفسه مقامه قال~~ لبراءة الاصيل كما اذا كان المكفول بنفسه حرا فان
ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فاقام المدعي البينة انه كان له
ضمن الكفيل قيمته لان على المولى ردها على وجه يخلفها قيمتها وقد التزم
الكفيل ذلك وبعد الموت تبقى القيمة واجبة على الاصيل فكذا على الكفيل بخلاف
الاول قال واذا كفل العبد عن مولاه بامره فعتق فاداه او كان المولى كفل
عنه فاداه بعد العتق لم يرجع واحد منهما على صاحبه وقال زفر رحمه الله
يرجع ومعنى الوجه الاول ان لا يكون على العبد دين حتى تصح كفالته بالمال
عن المولى اذا كان بامره اما كفالته عن العبد تصح على كل حال له انه تحقق
الموجب للرجوع وهو الكفالة بامره والمانع هو الرق وقد زال ولنا انها
وقعت غير موجبة للرجوع لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وكذا العبد
على مولاه فلا تنقلب موجبة لما بدا كمن كفل عن غيره بغير امره فاجازه ولا يكون الكفالة
بمال الكتابة حتى تكفل به او عبد لانه ثبت مع المنافي فلا يظهر في حق صحة الكفالة ولانه
لو عجز نفسه سقط ولا يمكن اثباته على هذا الوجه في ذمة الكفيل فاثباته مطلقا يأبى
معنى الضم لان من شرطه الاتحاد وبدل السعاية كبدل الكتابة في قول ابي حنيفة رحمه الله
لانه كالمكاتب عنده والله اعلم

كتاب الحوالة

وهي جائزة بالديون

قال رح من احيل على مليء فليتبع ولانه التزم ما يقدر على تسليمه فتصح كالكفالة
وانما اختصت بالديون لانها تبنى على النقل والتحول فالدين لا في العين قال
وتصح برضا المحيل والمحتال والمحتال عليه اما المحتال فلان الدين حقه وهو
الذي ينتقل بها والذمم متفاوتة فلا بد من رضاه واما المحتال عليه فلانه يلزمه الدين
ولا لزوم بدون التزامه واما المحيل فالحوالة تصح بدون رضاه ذكره في الزيادات
لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف في حق نفسه وهو لا يتضرر به بل فيه نفعه لانه
لا يرجع عليه اذا لم يكن بامره قال واذا تمت الحوالة برئ المحيل من الدين بالقبول وقال
زفر رحمه الله تعالى لا يبرأ اعتبارا بالكفالة اذ كل واحد منهما عقد توثق ولنا ان الحوالة
للنقل لغة وشرعا حوالة الرأس والدين متى انتقل عن الذمة لا يبقى فيها اما
الكفالة فللضم والاحكام الشرعية على وفاق المعاني اللغوية والتوثق
باختيار الاملى والاحسن في القضاء واما يجبر على القبول اذا نقد المحيل لانه
يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن متبرعا قال ولم يرجع المحتال على
المحيل الا ان يتوى حقه وقال الشافعي رضي الله عنه لا يرجع وان توى لان
البراءة حصلت مطلقة فلا تعود الا بسبب جديد ولنا انها مقيدة بسلامة
حقه له اذ هو المقصود او تفسخ الحوالة لفواته لانه قابل للفسخ فصار كوصف السلامة
في المبيع قال والتوى عند ابي حنيفة رحمه الله احد الامرين اما ان يجحد الحوالة ويحلف
ولا بينة عليه او يموت مفلسا لان العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد منهما وهو التوى
في الحقيقة وقالا هذان وجهان ثالث وهو ان يحكم الحاكم بافلاسه حال حيوته وهذا
بناء على ان الافلاس لا يتحقق بحكم القاضي عنده خلافا لهما لان مال المفلس غادة وراج
قال واذا طالب المحتال عليه المحيل بمثل ما احتال به فقال المحيل احلت بدين لي عليك
لم يقبل قوله وكان عليه مثل الدين لان سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بامره الا
ان المحيل يدعي عليه دينا وهو ينكر والقول قول المنكر واذا طالب المحيل المحتال بما احاله
فقال انما احلتك لتقبضه لي وقال المحتال بل احلتني بدين كان لي عليك فالقول

قول

قول المحيل لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر ولفظة الحوالة مستعملة في
الوكالة فيكون القول قوله مع يمينه قال ومن اودع رجلا الف درهم
واحال بها عليه آخر فهو جائز لانه اقدر على القضاء فان هلكت برئ
لتقيدها بها فانه ما التزم الاداء الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب
لان الفوات الى خلف كلا فوات وقد تكون الحوالة مقيدة بالدين ايضا وحكم المقيدة
في هذه الجملة ان لا يملك المحيل المحتال عليه لانه تعلق به حق المحتال على منال الرهن
وان كان اسوة للغرماء بعد الموت المحيل وهذا لانه لو بقيت له مطالبته به
فيأخذه منه لبطلت الحوالة وهو حق المحتال بخلاف المطلقة لانه لا تعلق
لحقه به بل بذمته ولا تبطل الحوالة باخذ ما عليه او عنده قال ويكره
السفاتج وهو قرض استفاد به المقرض سقوط خطر الطريق وهذا نوع
نفع استفيد به وقد نهى رسول الله عليه السلام عن قرض جر نفعا

كتاب ادب القاضي

قال ولا يصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط
الشهادة وان يكون اهلا للاجتهاد اما الاول فلان حكم القضاء يستقى
من حكم الشهادة لان كل واحد منهما من باب الولاية فكل من كان اهلا
للشهادة يكون اهلا للقضاء وما يشترط لاهلية الشهادة وما يشترط
لاهلية القضاء والفاسق اهل للقضاء حتى لو قلد يصح الا انه لا ينبغي ان
يقلد كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي ان يقبل القاضي شهادته ولو قلد جاز عندنا
ولو كان عدلا ففسق باخذ الرشوة او غيره لا ينعزل ويستحق العزل وهذا هو
ظاهر المذهب وعليه مشايخنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز قضاؤه
كما لا تقبل شهادته عنده وعن علمائنا الثلاثة في النوادر انه لا يجوز قضاؤه
وقال بعض المشايخ اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق
لان المقلد اعتمد عدالته فلم يكن راضيا دونها وهل يصلح بتقلده مفتيا قيل
لا لانه من امور الدين وخبره غير مقبول في الديانات وقيل يصلح لانه يجتهد كل

لجهد هذا النسبة الى الخطأ وأما الثاني فالصحيح ان اهلية الاجتهاد شرط الاولوية
فأما تقليد الجاهل فصحيح عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول ان الامر بالقضاء
يستدعي القدرة عليه ولا قدرة دون العلم ولنا انه يمكنه ان يقضي بفتوى غيره
ومقصود القضاء يحصل به وهو ايصال الحق الى مستحقه وينبغي للمقلد ان يختار
من هو الاقدر والاولى لقوله عليه السلام من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو
اولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين وفي حد الاجتهاد الكلام
عرف في اصول الفقه وحاصله ان يكون صاحب اجتهاد حديث له موفق بالفقه ليوقف
معاني الآثار او صاحب فقه له موفق بالحديث لان لا يشتغل بالقياس في المنصوص عليه
وقيل وان يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان من الاحكام ما ينبني
عليها قال ولا بأس بالدخول في القضاء لمن يثق بنفسه انه يؤدي فرضه لان
الصحابة رضي الله عنهم تقلدوه وكفى بهم قدوة ولانه فرض كفاية لكونه
امرا بالمعروف قال ويكره الدخول فيه لمن يخاف العجز عنه ولا يأمن على نفسه
الحيف فيه كيلا يصير شرطا لمباشرته القبيح وكره بعضهم الدخول فيه مختارا
لقوله عليه السلام من جعل على القضاء فكأنما ذبح بغير سكين والصحيح ان الدخول
فيه رخصة طمعا في اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق
له اولا يعينه عليه غيره ولا بد من الاعانة الا اذا كان هو الاهل للقضاء
دون غيره فحينئذ يفترض عليه التقلد صيانة لحقوق العباد واخلاء للعالم عن الفساد
قال وينبغي ان لا يطلب الولاية ولا يسألها لقوله عم من طلب القضاء وكل الى نفسه
ومن اجبر عليه نزل عليه ملك يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن اجبر
عليه يتوكل على ربه فيلهم ثم يجوز التقلد من السلطان الجائر كما يجوز من العادل لان
الصحابة رضي الله عنهم اجمعين تقلدوه من الحجاج وهو كان جائرا الا اذا كان يمكنه قال
ومن قلد القضاء يسأل ديوان القاضي الذي قبله وهو الحائط الذي فيها السجلات
وغيرها لانها وضعت فيها لتكون حجة عند الحاجة فتجعل في يد من له ولاية القضاء ثم

قال عليه السلام عدل ساعة خير من سنة

آن كان البياض ربيت المال فظاهر وكذا اذا كان رمال الخصوم والصحيح
لانهم وضعوها في يده لعمله وقد انتقل الى المولى وكذا اذا كان من
القاضي هو الصحيح لانه اتخذه تدينا لا تمولا ويبعث امينين ليقبضاها
بحضرة المعزول او امينه ويسألانه شيئا فشيئا ويجعلان كل نوع منها في خريطة
كيلا يشتبه على المولى وهذا السؤال لكشف الحال لا للالزام قال وينظر في حال
الحبسين لانه نصب ناظرا فمن اعترف بحق الزمه اياه لان الاقرار ملزم ومن انكر
لم يقبل قول المعزول عليه الا ببينة لانه بالعزل التحق بالرعايا وشهادة الفرد
ليست بحجة لا سيما اذا كان على فعل نفسه فان لم تقم لم يخل تخليته ضي نادي
عليه وينظر في ارزاقه ان فعل القاضي المعزول حق ظاهرا فلا يعجل كيلا يؤدي
الى ابطال حق الغير وينظر في الودائع وارتفاع الوقوف فيعمل فيه على ما تقوم به
البينة او يعترف به لان كل ذلك حجة ولا يقبل قول المعزول لما بينا الا ان يعترف
الذي في يديه ان المعزول سلمها اليه فيقبل قوله فيها لانه يثبت باقراره ان اليد
كانت للقاضي فيصح اقرار القاضي كانه في يده في الحال الا اذا بدأ بالاقرار لغيره فيسلم
الى المقر له الاول لسبق حقه قال ويجلس للحكم جلوسا ظاهرا في المسجد كيلا يشتبه مكانه
على الغرباء وبعض المقيمين والمسجد الجامع اولى لانه اشهر وقال الشافعي رحمه الله يكره
الجلوس في المسجد للقضاء لانه يحضره المشرك وهو نجس بالنص والحائض وهما ممنوعة
عن دخوله ولنا قوله عليه السلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان
رسول الله عليه السلام يفصل الخصومة في معتكفه والخلفاء الراشدون رضوان الله
عليهم كانوا يجلسون في المساجد لفصل الخصومات ولان القضاء عبادة فيجوز اقامتها
في المسجد كالصلوة ونجاسة المشرك في اعتقاده لا في ظاهره فلا يمنع دخوله والحائض
تخرج الى القاضي فيخرج القاضي اليها او الى باب المسجد او يبعث ويفصل بينها وبين خصمها لما اذا
كانت الخصومة في دابة ولو جلس في داره لا بأس به ويأذن للناس في الدخول
فيها ويجلس معهم فكان يجلس قبل ذلك لان في جلوسه وحده تهمة قال ولا يقبل

هديته لا من ذي رحم محرم او من جرت عادته قبل القضاء بمهاداته لان الاول
صلة الرحم والثاني ليس للقضاء بل جرى على العادة وفيما وراء ذلك
يصير آثما بقضائه حتى لو كان للقريب خصومة لا يقبل هديته وكذا اذا اراد
المهدي على العادة او كانت له خصومة لانه لاجل القضاء فيتحاماه ولا يجوز
دعوة الا ان يكون عامة لان الخاصة لاجل القضاء فيحترز بخلاف العامة
فيدخل في هذا الاطلاق قريبه وهو قولهما وعن محمد رحمه الله انه يجيبه
وان كانت خاصة كالهدية قال والخاصة ما لو علم المضيف ان القاضي
لا يحضرها لا يتخذها قال ويشهد الجنازة ويعود المريض لان ذلك
من حقوق المسلم على المسلم قال عم للمسلم على المسلم ستة حقوق وعد منها
هذين ولا يضيف احد الخصمين دون خصمه لان النبي عليه السلام
نهى عن ذلك ولان فيه تهمة قال واذا حضرا سوى بينهما في الجلوس
والاقبال لقوله عم اذا ابتلي احدكم بالقضاء فليسو بينهم في المجلس والاشارة
والنظر ولا يسار احدهما ولا يشير اليه ولا يلقنه حجة للتهمة ولان فيه
تكسيرا لقلب الآخر فيترك حقه ولا يضحك في وجه احدهما لانه يجري على
خصمه ولا يمازحهم ولا واحدا منهم لانه يذهب مهابة القضاء قال ويكره
تلقين الشاهد ومعناه ان يقول له اتشهد بكذا وكذا وهذا لانه اعانة
لاحد الخصمين فيكره كتلقين الخصم واستحسنه ابو يوسف رحمه الله في غير موضع
التهمة لان الشاهد قد يحضر لمهابة المجلس فكان تلقينه احياء للحق بمنزلة
الاستحضار والتكفير والله اعلم **فصل** في الحبس واذا ثبت الحق عند القاضي
وطلب الخصم صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وامره بدفع ما عليه لان
الحبس جزاء المماطلة فلا بد من ظهورها وهذا اذا ثبت الحق باقراره لانه
لم يعرف كونه مماطلا في اول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا
امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله اما اذا ثبت بالبينة حبسه لظهور المطل
كما ثبت

بانكاره قال فان امتنع حبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن
المبيع والتزمه بعقد كالمهر والكفالة لانه حصل المال في يده ثبت غناؤه به
واقدامه على التزامه باختياره دليل يساره اذ هو لا يلتزم الا ما يقدر على اداءه
والمراد بالمهر معجله دون مؤجله قال فلا يحبسه فيما سوى ذلك اذا فلاتي فيعتبر
الا ان يثبت غريمه ان له مالا فيحبسه لانه لم يوجد دلالة اليسار فيكون القول
قول من عليه وعلى المدعي اثبات غناه ويروى ان القول لمن عليه في جميع ذلك
لان الاصل هو العسرة واليسار عارض ويروى ان القول له الا فيما بدله مال
وفي النفقة القول للزوج انه معسر وفي اعتاق العبد المشترك القول للمعتق
والمسئلتان تؤيدان القولين الاخيرين والتخريج على ما قال في الكتاب انه ليس
بدين مطلق بل هو صلة حتى تسقط النفقة بالموت على الاتفاق وكذا عند ابي
حنيفة رحمه الله ضمان الاعتاق ثم فيما كان القول قول المدعي ان له مالا او
يثبت له ذلك بالبينة فيما كان القول قول من عليه يحبسه شهرين او ثلاثة
ثم يسأل عنه فالحبس لظهور ظلمه في الحال وانما يحبسه مدة ليظهر ماله لو كان
يخفيه فلا بد ان تمتد المدة لتفيد هذه الفائدة فقدره بما ذكره ويروى
غير ذلك من التقدير بشهر او اربعة او ستة اشهر والصحيح ان التقدير مفوض
الى راي القاضي لاختلاف احوال الاشخاص فيه قال وان لم يظهر له مال
خلي سبيله يعني بعد مضي المدة لانه استحق النظرة الى الميسرة فيكون حبسه
بعد ذلك ظلما ولو قامت البينة على افلاسه قبل مضي المدة تقبل في رواية
ولا تقبل في رواية وعلى الثانية عامة المشايخ قال في الكتاب خلي سبيله ولا يحول
بينه وبين غرمائه وهذا كلام في الملازمة وسنذكره في كتاب الحجر ان شاء الله
وفي الجامع الصغير رجل اقر عند القاضي بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان
موسرا ابدا حبسه وان كان معسرا خلى سبيله ومراده اذا اقر عند غير
القاضي او عنده مرة وظهرت مماطلته والحبس اولا ومدته قد بينا

قوله لسقوطها بمضي الزمان اي لسقوط نفقة الولد بمضي الزمان لعله لانه لا يسقط بمضي الزمان في حق الحكم فيفرق فانه في حق الحبس ايضا مستمر على المعلوم والله اعلم

فلا يعيد قال ويحبس الرجل في نفقة زوجته لانه ظالم بالامتناع ولا يحبس
والد في دين ولده لانه عقوبة فلا يستحقه الولد على والده كالحد والقصاص
قال الا اذا امتنع من الانفاق عليه لان فيه احياء ولده ولانه لا يتدارك
لسقوطها بمضي الزمان باب كتاب القاضي الى القاضي ويقبل كتاب القاضي
الى القاضي في الحقوق اذا شهد به عنده للحاجة على ما بينا فان شهدوا على خصم حكم
بالشهادة لوجود الحجة وكتب بحكمه وهو المدعو بحلا وان شهدوا بغير خصم لم يحكم
لان القضاء على الغائب لا يجوز وكتب بالشهادة ليحكم المكتوب اليه بها وهذا هو الكتاب
الحكمي وهو نقل الشهادة في الحقيقة ويحتوي شرايط نذكره ان شاء الله تعالى وجوازه
لمساس الحاجة لان المدعي قد يتعذر عليه الجمع بين شهوده وخصمه فاشبه الشهادة
على الشهادة وقوله في الحقوق يندرج تحته الدين والنكاح والنسب والمغصوب
والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة لان كل واحد ذلك بمنزلة الدين وهو يعرف
بالوصف لا يحتاج فيه الى الاشارة ويقبل في العقار ايضا لان التعريف فيه بالتحديد
ولا يقبل في الاعيان المنقولة للحاجة الى الاشارة وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى
انه يقبل في العبيد دون الامة لغلبة الاباق فيه دونها وعنه رحمه الله انه يقبل
فيهما بشرايط تعرف في موضعه وعن محمد رحمه الله انه يقبل في جميع ما ينقل
وعليه المتاخرون قال ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين او رجل وامرتين
لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بد
من الحجة بخلاف كتاب الاستيمان من اهل الحرب لانه ليس بملزم وبخلاف رسول
القاضي الى المزكي ورسوله الى القاضي لان الالزام بالشهادة لا بالتزكية
قال ويجب ان يقرأ الكتاب عليهم ليعرفوا ما فيه او يعلمهم به لانه لا شهادة بدون
العلم ثم يختمه بحضرتهم ويسلمه اليهم كيلا يتوهم التغيير وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله لان علم ما في الكتاب والختم بحضرتهم شرط وكذا حفظ ما في
الكتاب عندهما وقال ابو يوسف رحمه الله اخر اشيء من ذلك ليس بشرط

والشرط

والشرط ان يشهدهم ان هذا كتابه وخاتمه وعن ابي يوسف رحمه الله
ان الختم ليس بشرط فسهل في ذلك لما ابتلي بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة واختار
شمس الائمة السرخسي رحمه الله قول ابي يوسف رحمه الله قال فاذا وصل الى القاضي
لم يقبله الا بحضرة الخصم لانه بمنزلة اداء الشهادة فلا بد من حضوره
بخلاف سماع القاضي الكاتب لانه لا ينقل الا للحكم قال فاذا سلم الشهود
اليه نظر الى ختمه فاذا شهدوا انه كتاب فلان القاضي سلمه الينا في
مجلس حكمه وقراه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأ على الخصم والزمه ما فيه وهذا
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله اذا شهدوا
انه كتابه وخاتمه قبله على ما مر ولم يشترط في الكتاب ظهور العدالة
للفتح والصحيح انه يفتح الكتاب بعد ثبوت العدالة كذا ذكر الخصاف
رحمه الله لانه ربما يحتاج الى زيادة الشهود وانما يمكنهم اداء الشهادة
بعد قيام الختم وانما يقبل المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات
او عزل او لم يبق اهلا للقضاء قبل وصول الكتاب لا يقبله لانه المحقق بواحد
من الرعايا ولهذا لا يقبل اخباره قاضيا آخر في غير عمله او في غير عمله وكذا
لو مات المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان بن فلان قاضي بلد كذا والى كل من يصل
اليه من قضاة المسلمين لان غيره صار تبعا له وهو معروف بخلاف ما اذا كتب
ابتداء الى كل من يصل اليه على ما عليه مشايخنا رحمهم الله لانه غير معروف ولو
كان مات الخصم ينفذ الكتاب على وارثه لقيامه مقامه ولا يقبل كتاب
القاضي الى القاضي في الحدود والقصاص لان فيه شبهة البدلية فصار
كالشهادة على الشهادة ولان مبناها على الاسقاط وفي قبوله تسعى في اثباتها فصل
آخر قال ويجوز قضاء المرأة في كل شيء الا في الحدود والقصاص اعتبارا بشهادتها وقد مر
الوجه وليس للقاضي ان يستخلف على القضاء الا ان يفوض اليه ذلك لانه قلد القضاء
دون التقليد به فصار كتوكيل الوكيل بخلاف المأمور باقامة الجمعة حيث يستخلف لانه على شرف

الفوات لتوقته فكان الامر به اذناً بالاستخلاف دلالة ولا كذلك
القضاء ولو قضى الثاني بمحضر من الاول او قضى الثاني فاجاز الاول
جاز كما في الوكالة وهذا لانه رأي الاول وهو الشرط واذا فوض
اليه يملكه فيصير الثاني نائباً عن الاصيل حتى لا يملك الاول
عزله واذا رفع الى القاضي حكم حاكم امضاه الا ان يخالف الكتاب او السنة
او الاجماع بان يكون قولاً لا دليل عليه وفي الجامع الصغير وما اختلف
فيه الفقهاء فقضى به القاضي ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك امضاه
والاصل ان القضاء متى لاقى محلاً مجتهداً فيه ينفذ ولا يرده غيره
لان اجتهاد الثاني كاجتهاد الاول وقد ترجح الاجتهاد الاول بانضمام
القضاء به فلا ينقض بما هو دونه ولو قضى في المجتهد فيه مخالفاً لرأيه
ناسياً لمذهبه نفذ عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان عامداً ففيه
روايتان ووجه النفاذ انه ليس بخطاء بيقين وعندهما لا ينفذ في
الوجهين لانه قضى بما هو خطاء عنده وعليه الفتوى ثم المجتهد فيه ان لا يكون
مخالفاً لما ذكرنا والمراد بالسنة المشهورة منها وفيما اجتمع عليه الجمهور
لا يعتبر مخالفة البعض وذلك خلاف ليس باختلاف والمعتبر
الاختلاف في الصدر الاول قال وكل شيء قضى به القاضي في الظاهر بتحريم
فهو في الباطن كذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا اذا قضى باحلال
وهذا اذا كان الدعوى بسبب معين وهو مسئلة قضاء القاضي في
العقود والفسوخ بشهادة الزور وقد مر في النكاح قال ولا يقضي
القاضي على غائب الا ان يحضر من يقوم مقامه وقال الشافعي رحمه الله تعالى
يجوز لوجود الحجة وهي البينة فظهر الحق ولنا ان العمل بالشهادة
لقطع المنازعة ولا منازعة دون الانكار ولم يوجد ولانه يحتمل
الاقرار والانكار من الخصم فيشتبه وجه القضاء لان احكامهما مختلفة

ولو

ولو انكر ثم غاب فكذلك لان الشرط قيام الانكار وقت القضاء وفيه خلاف
ابي يوسف رحمه الله ومن يقوم مقامه قد يكون بانابته او بانابة الشرع
كالوصي من جهة القاضي وقد يكون حكماً بان كان ما يدعى على الغائب سبباً
لما يدعيه على الحاضر وهذا في غير صورة الكتب اما اذا كان شرطاً
لصحته فلا معتبر به في جعله خصماً عن الغائب وقد عرف تمامه في الجامع قال
ويقرض القاضي اموال اليتامى ويكتب ذكر الحق لان في الاقراض مصلحتهم
لبقاء الاموال محفوظة مضمونة والقاضي يقدر على الاستخراج والكتابة
ليحفظه وان اقرض الوصي ضمن لانه لا يقدر على الاستخراج والاب بمنزلة الوصي
في اصح الروايتين لعجزه عن الاستخراج

باب التحكيم

واذا حكم رجلان رجلاً
حكم بينهما ورضيا بحكمه جاز لان لهما ولاية على انفسهما فصح تحكيمهما وينفذ
حكمه عليهما وهذا اذا كان المحكم بصفة الحاكم لانه بمنزلة القاضي فيما بينهما
فيشترط اهلية القضاء ولا يجوز تحكيم الكافر والعبد والذمي والمحدود
في القذف والفاسق والصبي لانعدام اهلية القضاء اعتباراً باهلية
الشهادة والفاسق اذا حكم يجب ان يجوز عندهما كما قرر في المولى ولكل واحد
من المحكمين ان يرجع ما لم يحكم عليهما لانه مقلد من جهتهما فلا يحكم الا بتراضيهما
واذا حكم لزمهما الصدور وحكمه عن ولاية عليهما واذا رفع حكمه الى القاضي فوافق مذهبه
امضاه لانه لا فائدة في نقضه ثم في ابرامه على ذلك الوجه وان خالفه ابطله
لان حكمه لا يلزمه لعدم التحكيم منه ولا يجوز التحكيم في الحدود والقصاص لانه
لا ولاية لهما على دمهما ولهذا لا يملكان الاباحة قالوا وتخصيص الحدود والقصاص
يدل على جواز التحكيم في سائر المجتهدات وهو صحيح الا انه لا يفتى به ويقال
يحتاج الى حكم المولى دفعاً لتجاسر العوام وان حكما في دم خطاء فقضى بالدية على
العاقلة لم ينفذ حكمه لانه لا ولاية له عليهم اذ لا تحكيم من جهتهم ولو حكم على القاتل
بالدية في ماله رده القاضي ويقضي بالدية على العاقلة لانه مخالف رأيه ومخالف

للنص الا اذا ثبت القتل باقراره لان العاقلة لا تعقله ويجوز ان يسمع
البينة ويقضي بالنكول وكذا بالاقرار لانه حكم موافق للشرع ولو اخبر
باقرار احد الخصمين او بعدالة الشهود وصار على تحكيمهما تقبل قوله لان
الولاية قائمة وان اخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية وحكم الحاكم لابويه
وولده وزوجته باطل والمولى والمحكم فيه سواء لانه لا تقبل شهادته
لهولاء لمكان التهمة فكذلك لا يصح القضاء لهم بخلاف ما اذا حكم عليهم لانه
يقبل شهادته عليهم لانتفاء التهمة فكذلك القضاء ولو حكما رجلين لا بد
من اجتماعهما لانه امر يحتاج فيه الى الرأي والله اعلم **مسائل شتى**
من كتاب القضاء قال واذا كان علو لرجل وسفل لآخر فليس لصاحب
السفل ان يتد فيه وتدا ولا ينقب كوة عند ابي حنيفة رحمه الله معناه
بغير رضاء صاحب العلو وقالا يصنع ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف
اذا اراد صاحب العلو ان يبني على علوه قيل ما حكي عنهما تفسير لقول ابي
حنيفة رحمه الله فلا خلاف وقيل الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف
في ملكه والملك يقتضي الاطلاق والحرمة بعارض الضرر فاذا اشكل
لم يجز المنع والاصل عنده الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق محترم للغير
كحق المرتهن والمستاجر والاطلاق بعارض فاذا اشكل لا يزول المنع على
انه لا يعرى عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء او نقضه فيمنع عنه قال
واذا كانت زائغة مستطيلة تنشعب عنها زائغة مستطيلة وهي غير نافذة
فليس لاهل الزائغة الاولى ان يفتحوا بابا في الزائغة القصوى لان فتحه للمرور
ولا حق لهم في المرور اذ هو لاهلها خصوصا حتى لا يكون لاهل الاولى فيما يبيع
فيها حق الشفعة بخلاف النافذة لان المرور فيها حق العامة قيل المنع من المرور
لا من فتح الباب لانه رفع جداره والاصح ان المنع من الفتح لان بعد الفتح
لا يمكنه المنع والمرور في كل ساعة ولانه عساه يدعي الحق في القصوى بشراء

الباب

الباب قال وان كانت مستديرة قد لرق طرفاها فلهم ان يفتحوا الان
لكل باب منهم حق المرور في كلها اذ هي ساحة مشتركة ولهذا يشتركون في
الشفعة اذا بيعت دار منها قال ومن ادعى في دار دعوى وانكر
الذي في يده ثم صالحه منها فهو جائز وهي مسئلة المصلح على الانكار وسنذكرها
في الصلح والمدعى وان كان مجهولا فالصلح على معلوم عن مجهول جائز عندنا
لانه جهالة في الساقط فلا يفضي الى المنازعة على ما عرف قال ومن ادعى
دارا في يد رجل انه وهبها له في وقت فسماه البينة فقال محمد في الهبة فاشتريتها
واقام البينة على الشراء قبل الوقت الذي يدعي فيه الهبة لا تقبل بينته لظهور
التناقض اذ هو يدعي الشراء بعد الهبة وهم يشهدون به قبلها ولو شهدوا
به بعدها تقبل لوضوح التوفيق ولو كان ادعى الهبة ثم اقام البينة على الشراء
قبله ولم يقل محمد في الهبة فاشتريتها لم تقبل ايضا ذكره في بعض النسخ لان دعوى
الهبة اقرار منه بالملك للواهب عندنا ودعوى الشراء الرجوع منه فتعذر
مناقضا بخلاف ما اذا ادعى الشراء بعد الهبة لانه يقرر ملكه عندها ومن قال
لآخر اشتريت مني هذه الجارية فانكر ان اجمع البايع على ترك الخصومة وسعه
ان يطأها لان المشتري لما جحد كان فسخا من جهته اذ الفسخ يثبت به كما اذا
تجاحدا فاذا عزم البايع على ترك الخصومة تم الفسخ وبمجرد العزم اذ كان لا يثبت
الفسخ فقد اقترن بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها وما يضاهيه ولانه لما
تعذر استيفاء الثمن والمشتري فات رضا البايع فيستبد بفسخه ومن اقر
انه قبض من فلان عشرة دراهم ثم ادعى انها زيوف صدق وفي بعض النسخ اقتضى
وهو عبارة عن القبض ايضا ووجهه ان الزيوف من جنس الدراهم الا انها
معيبة ولهذا يجوز به في الصرف والسلم جاز والقبض لا يختص بالجياد فيصدق
لانه انكر قبض حقه بخلاف ما اذا اقر انه قبض الجياد او حقا والثمن او استوفى
لاقراره بقبض الجياد صريحا او دلالة فلا يصدق والنبهرجة كالزيوف وفي التوقة

لا يصدق لانه ليس من جنس الدراهم حتى لو تجوز به فيما ذكرنا لا يجوز في الزيوف
ما زيفه بيت المال والنبهرجة ما يرده التجار والستوقة ما يطلب عليه الغش
ومن قال لآخر لك علي الف درهم فقال ليس لي عليك شيء ثم قال في مكانه
بل لي عليك الف درهم فليس عليه شيء لان اقراره هو الاول وقد ارتد
برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة او تصديق خصمه بخلاف
ما اذا قال اشتريت وانكر له ان يصدقه لان احد العاقدين لا ينفرد
بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد والمعنى انه حق يبقى بعد العقد فيملك التصديق اما
المقر له ينفرد برده الاقرار فافترقا قال ومن ادعى على آخر مالا
فقال ما كان لك علي شيء قط فاقام المدعي البينة على الف واقام هو البينة
على القضاء قبلت بينته وكذلك على الابراء وقال زفر رحمه الله لا تقبل
لان القضاء يتلو الوجوب وقد انكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق
ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ عنه الا يرى انه يقال قضى بباطل وقد
يصالح على شيء فيثبت ثم يقضى وكذا لو قال ليس لك علي شيء
قط لان التوفيق اظهر ولو قال ما كان لك علي شيء قط ولا اعرفك
لم تقبل بينته على القضاء وكذا على الابراء لتعذر التوفيق لانه يمكن
لا يكون بين اثنين اخذ واعطاء قضاء واقتضاء ومعاملة بدون
المعرفة وذكر القدوري رحمه الله تعالى انه تقبل ايضا لان المحتجب
او المخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بمنع وكلائه بارضائه
ولا يعرفه ثم يعرفه بعد ذلك فامكن التوفيق ومن ادعى على آخر انه باعه
جارية فقال لم ابعها منك قط فاقام البينة على الشراء فوجد بها اصبعا
زائدة فاقام البائع البينة انه برئ اليه من كل عيب لم تقبل بينة البائع
وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى انه تقبل بينته اعتبارا بما ذكرنا ووجه
الظاهر ان البراءة تعتبر للعقد من اقتضاء ووصف السلامة الى

غيره

غيره فيستدعي وجود البيع وقد انكره فكان مناقضا بخلاف الدين
لانه قد يقضى وان كان باطلا على ما مر قال ذكر حق كتب في اسفله ومن
قام بهذا الذكر الحق فهو ولي ما فيه ان شاء الله او كتب في شراء فعلي فلان
خلاص ذلك وتسليمه ان شاء الله بطل الذكر كله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا ان شاء الله هو على الخلاص وعلى من قام بذكر الحق وقولهما استحسان
ذكره في الاقرار لان الاستثناء يصرف الى ما يليه لان الذكر للاستثناء
وكذا الاصل في الكلام الاستمداد ولابي حنيفة ان الكل كشيء واحد بحكم العطف فيصرف
الى الكل كما في الكلمات المعطوفة مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشي
الى بيت الله يعني ان شاء الله ولو ترك فرجة قالوا لا يلتحق به ويصير
كفاصل السكوت فصل في القضاء بالمواريث قال واذا مات نصراني
فجاءت امرأته مسلمة وقالت اسلمت بعد موته وقالت الورثة اسلمت
قبل موته فالقول قول الورثة وقال زفر رحمه الله تعالى القول قولها لان
الاسلام حادث فيضاف الى اقرب الاوقات ولنا ان سبب الحرمان ثابت
في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا ظاهر
تعتبره للدفع وما ذكره يعتبره للاستحقاق ولو مات المسلم وله امرأة نصرانية
فجاءت مسلمة بعد موته وقالت اسلمت قبل موته وقالت الورثة لا بل اسلمت
بعد موته فالقول لهم ايضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق
وهي محتاجة اليه اما الورثة فهم الدافعون ويشهد لهم ظاهر الحدوث ايضا
قال ومن مات وله في يد رجل اربعة الاف درهم وديعة وقال المستودع هذا
ابن الميت لا وارث له غيره فانه يدفع اليه المال لانه اقر بما في يده حق الوارث
خلافة فصار كما اذا اقر انه حق المورث وهو حي اصالة بخلاف ما اذا اقر
لرجل انه وكيل المودع بالقبض او انه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه
لانه اقر بقيام حق المودع اذ هو حي فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك بعد

موته بخلاف المديون اذا اقر بتوكيل غيره بالقبض لان الديون تقضى بامثالها
فيكون اقرارا على نفسه فيؤمر بالدفع اليه فلو قال المودع لآخر هذا ابنا ايضا وقال
الاول ليس له ابن غيري قضي بالمال للاول لانه لما صح اقراره للاول انقطع
يده عن المال فيكون اقرارا على الاول فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا
ولانه حين اقر للاول لا مكذب له فصح وحين اقر للثاني له مكذب فلم يصح
قال واذا قسم الميراث بين الغرماء فانه لا يؤخذ منهم كفيل ولا من وارث
وهذا شيء احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يؤخذ الكفيل والمسئلة فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم يقل
الشهود لا نعلم له وارثا غيره لهما ان القاضي ناظر للغيب والظاهر
ان في التركة وارثا غائبا او غريما غائبا لان الموت قد يقع بغتة فيحتاط
بالكفالة كما اذا دفع الآبق واللقطة الى صاحبه واعطى امرأة الغائب
النفقة من ماله ولابي حنيفة رحمه الله تعالى ان حق الحاضر ثابت
قطعا او ظاهرا فلا يؤخر لحق موهوم الى زمان التكفيل لكن اثبت الشراء
ممن في يده او اثبت الدين على العبد حتى يبيع في دينه لا يكفل ولان
المكفول له مجهول فصار كما اذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة
لان حق الزوج ثابت وهو معلوم واما الآبق واللقطة ففيه روايتان
والاصح انه على الخلاف وقيل ان دفع بعلامة اللقطة او اقرار العبد
يكفل بالاجماع لان الحق غير ثابت ولهذا كان له ان يمنع وقوله ظلم اي
ميل عن سواء السبيل وهذا يكشف عن مذهبه رحمه الله ان المجتهد
قد يخطي ويصيب لا كما ظنه البعض قال واذا كانت الدار
في يد رجل اقام الآخر البينة ان اباه مات وتركها ميراثا بينه وبين
اخيه فلان الغائب قضي له بالنصف وترك النصف الآخر في يد الذي
هي في يديه ولا يستوثق منه بكفيل وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله

وقالا

وقالا ان كان الذي هي في يديه جاحدا اخذ منه وجعل في يد امين
وان لم يجحد ترك في يده لهما ان الجاحد خائن فلا يترك المال في يده بخلاف
المقر لانه امين له ان القضاء للميت مقصودا واضمار كونه مختارا
الميت ثابت فلا ينقض يده كما اذا كان مقرا وجحوده قد ارتفع بقضاء القاضي
والظاهر عدم الجحود في المستقبل لصيرورة الحادثة معلومة له وللقاضي
ولو كانت الدعوى في منقول فقد قيل يؤخذ منه بالاتفاق لانه يحتاج
فيه الى الحفظ والنزع ابلغ فيه بخلاف العقار لانها محصنة بنفسها
ولهذا يملك الوصي بيع المنقول على الغائب الكبير دون العقار وكذا حكم
وصي الام والاخ والعم على الصغير وقيل المنقول على الخلاف ايضا وقول
ابي حنيفة رحمه الله فيه اظهر لحاجته الى الحفظ وانما لا يؤخذ الكفيل
لانه انشاء خصومة والقاضي انما نصب لقطعها لا لانشائها واذا حضر
الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ويسلم النصف اليه بذلك القضاء
لان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما يستحق له وعليه دينا
كان او عينا لان المقضي له وعليه انما هو الميت في الحقيقة وواحد
من الورثة يصلح خليفة عنه في ذلك بخلاف الاستيفاء نفسه لانه
عامل فيه لنفسه فلا يصلح نائبا عن غيره فلهذا لا يستوفي الا نصيبه
وصار كما اذا اقامت البينة بدين للميت الا انه انما يثبت استحقاق الكل
على احد الورثة اذا كان الكل في يده ذكره في الجامع لانه لا يكون خصما
بدون اليد فيقتصر القضاء على ما في يده ومن قال ماله في المساكين
صدقة فهو على ما فيه الزكوة وان اوصى بثلث ماله فهو على كل شيء
والقياس ان يلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لعموم اسم المال
كما في الوصية وجه الاستحسان ان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى
فينصرف ايجابه الى ما اوجب الشارع فيه الصدقة من المال اما الوصية اخت

الميراث لانها خلافة كبرى فلا تختص بمال دون مال ولان الظاهر التزام الصدقة
من فاضل ماله وهو مال الزكوة اما الوصية تقع في حال الاستغناء فتنصرف
الى الكل ويدخل فيه الارض العشرية عند ابي حنيفة ويوسف رحمهما الله
لانها سبب الصدقة اذ جهة الصدقة في العشر راجحة عنده وعند
محمد رحمه الله تعالى لا تدخل لانه سبب المؤنة اذ جهة المؤنة راجحة
عنده ولا تدخل ارض الخراج بالاجماع لانه تمحض مؤنة ولو قال
ما املكه صدقة في المساكين فقد قيل يتناول الكل مال لانه اعم من لفظة
المال والمقيد ايجاب الشرع وهو مختص بلفظة المال فلا يختص في لفظ الملك
فيبقى على العموم والصحيح انهما سواء لان الملتزم باللفظين الفاضل عن الحاجة
على ما نرتم اذا لم يكن له مال سوى ما ادخل تحت الايجاب يمسك من ذلك
قوته ثم اذا اصاب شيئا تصدق بما امسك لان حاجته هذه مقدمة ولم
يقدر لاختلاف احوال الناس وقيل المعتبر في يمسك قوته ليوم وصاحب
الغلة لشهر وصاحب الضيعة لسنة على حسب التفاوت في مدة وصولهم
الى المال وعلى هذا صاحب التجارة يمسك بقدر ما يرجع اليه ماله قال
ومن اوصى اليه ولم يعلم بالوصية حتى باع شيئا من التركة فهو وصي
والبيع جائز ولا يجوز بيع الوكيل حتى يعلم وعن ابي يوسف رحمه الله تعالى
انه لا يجوز في الفصل الاول ايضا لان الوصاية انابة بعد الموت
فتعتبر بالانابة قبله وهي الوكالة ووجه الفرق على الظاهر ان
الوصاية خلافة لاضافتها الى زمان بطلان الانابة فلا تتوقف على
العلم كما في تصرف الوارث اما الوكالة انابة لقيام ولاية الموكل
عنه فيتوقف على العلم وهذا لانه لو توقف على العلم لا يفوت النظر
لقدرة الموكل وفي الاول يفوت لعجز الوصي ومن اعلمه من الناس بالوكالة
يجوز تصرفه لانه اثبات حق لا التزام امر قال ولا يكون النهي عن

الوكالة

الوكالة حتى يشهد عنده شاهدان او رجل عدل وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله تعالى وقالا هو والاول سواء لان من المعاملات
وبالواحد فيها كفاية ولانه خبر ملزم فيكون شهادة من وجه فيشترط
احد شطريها وهو العدد او العدالة بخلاف الاول وبخلاف رسول الموكل لان
عبارته كعبارة المرسل للحاجة الى الارسال وعلى هذا الخلاف اذا اخبر المولى
بجناية عبده والشفيع والبكر والمسلم الذي لم يهاجر واذا باع القاضي او
امينه عبدا للغرماء واخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن لان امين
القاضي قائم مقام القاضي والقاضي مقام الامام وكل منهم لا يلحقهم ضمان كيلا
يتقاعد عن قبول هذه الامانة فتضيع الحقوق ورجع المشتري على الغرماء
لان البيع واقع لهم فيرجع عليهم عند تعذر الرجوع على العاقد كما اذا
كان العاقد محجورا عليه ولهذا يباع بطلبهم فان امر القاضي الوصي
ببيعه للغرماء ثم استحق او مات قبل القبض وضاع المال رجع المشتري
على الوصي لانه عاقد نيابة عن الميت وان كان باقامة القاضي عنه فصار
كما اذا باعه بنفسه قال ورجع الوصي على الغرماء لانه عامل
لهم وان ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه قالوا ويجوز ان يقال
يرجع بالمائة التي غرمها ايضا لانه لحقه في امر الميت والوارث اذا بيع له
بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن في التركة دين كان العاقد عاملا له فصل
آخر واذا قال القاضي قد قضيت على هذا بالرجم فارجمه او بالقطع
فاقطعه او بالضرب فاضربه وسعك ان تفعل وعن محمد رحمه الله تعالى
انه رجع عن هذا وقال لا آخذ به حتى تعاين الحجة لان قوله يحتمل الغلط والخطأ
والتدارك غير ممكن وعلى هذه الرواية لا يقبل كتابه واستحسن المشايخ
رحمهم الله تعالى هذه الرواية لفساد حال في اكثر القضاة الا في كتاب
القاضي للحاجة اليه ووجه الظاهر انه اخبر عن امر يملك انشاءه فيقبل الخلوة

عن التهمة ولان طاعة اولي الامر واجبة وفي تصديقه طاعته وقال
الامام ابو منصور رحمه الله تعالى ان كان عادلا عالما يقبل قوله لانعدام
تهمة الخطاء والخيانة وان كان عادلا جاهلا يستفسر فان احسن وجب
تصديقه والا فلا وان كان جاهلا فاسقا او عالما فاسقا لا يقبل الا ان
يعاين سبب الحكم لتهمة الخطاء والخيانة قال واذا عزل القاضي
فقال لرجل اخذت منك الف وديعة فدفعتها الى فلان قضيت بها عليك فقال
الرجل اخذتها ظلما فالقول قول القاضي وكذلك اذا قال قضيت بقطع يدك
في حق اذا كان الذي قطعت يده والذي اخذ منه المال مقرا انه فعل
ذلك وهو قاض ووجهه انهما لما توافقا انه فعل ذلك في قضائه كان
الظاهر شاهدا له اذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا ولا يمين عليه لانه
ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولا يمين على القاضي ولو اقر القاطع او
الاخذ بما اقر القاضي لا يضمن ايضا لان فعله في حالة القضاء ودفع القاضي
صحيح كما اذا كان معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله انه فعل قبل التقليد
او بعد العزل فالقول للقاضي ايضا هو الصحيح لانا اسندنا فعله الى حالة معهودة
منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت او اعتقت وانا مجنون والجنون منه
كان معهودا ولو اقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما اقر القاضي يضمنان لانهما
اقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في
ابطال سبب الضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه
بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد اقر بما اقر به القاضي
والمأخوذ منه المال صدق القاضي في انه فعله في قضائه او ادعى
انه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه اقر ان اليد كانت له فلا
يصدق في دعوى تملكه الا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة والله اعلم

كتاب الشهادات

قال

قال رضي الله تعالى عنه الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم
كتمانها اذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله
تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وانما يشترط طلب
المدعي لانها حقه فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق والشهادة في الحدود
يخير فيها الشاهد في الستر والاظهار لانه بين حسبتين اقامة الحدود والتوقي
عن الهتك والستر افضل لقوله عليه السلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك
لكان خيرا لك وقال النبي عليه السلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا
والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي صلى الله عليه وسلم واصحابه رضي الله عنهم
دلالة ظاهرة على افضلية الستر الا انه يجب ان يشهد بمال في الذمة السرقة
فيقول اخذ احياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر
ولانه لو ظهرت السرقة وجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل
احياء حقه قال والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا تعتبر
فيها اربعة من الرجال لقوله تعالى واللاتي يأتين بفاحشة من نسائكم
فاستشهدوا عليهن اربعة منكم ولقوله تعالى ثم لم يأتوا باربعة شهداء
ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري رضي الله تعالى عنه مضت
السنة من لدن رسول الله صلى الله تعالى عليه وسلم والخلفاء
من بعده ان لا شهادة للنساء في الحدود والقصاص ولان فيها شبهة
البدلية لقيامها مقام شهادة الرجال فلا تقبل فيما تندرئ بالشبهات
ومنها الشهادة ببقية الحدود والقصاص تقبل فيها شهادة الرجلين
لقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولا تقبل فيها شهادة
النساء لما ذكرنا قال وما سوى ذلك من الحقوق تقبل فيها شهادة
رجلين او رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا او غير مال مثل النكاح
والطلاق والوكالة والوصية ونحو ذلك كالعتاق والنسب وقال

وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال
وتوابعها لان الاصل فيها عدم القبول لنقصان العقل واختلال الضبط
وقصور الولاية فانها لا تصلح للامارة ولهذا لا تقبل في الحدود ولا تقبل
شهادة الاربع منهن وحدهن الا انها قبلت في الاموال ضرورة والنكاح
اعظم خطرا واقل وقوعا فلا يلحق بما سواه في خطره واكثر وجودا ولنا ان
الاصل فيها القبول لوجود ما يثبتني عليه اهلية الشهادة وهو المشاهدة
والضبط والاداء اذ بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يبقى وبالثالث
يحصل العلم للقاضي ولهذا يقبل اخبارها في الاخبار ونقصان الضبط
بزيادة النسيان انجبر بضم الاخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة فلهذا
لا تقبل فيما يندرئ بالشبهات وهذه الحقوق تثبت مع الشبهات وعدم
قبول الاربع على خلاف القياس كيلا يكثر ضرر جهن قال وتقبل في الولادة
والبكارة والعيوب بالنساء

اختص قبول شهادة امرأة واحدة بالولادة والبكارة والعيوب بالنساء في موضع
لا يطلع عليه الرجال لا تقبل في غيرها فهو قصور افراد قصر الموصوف على الصفة
لا عكسه كما فهم صاحب النهاية واعترض بقبول شهادة رجل واحد فيها لقوله عليه السلام
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ووجه الاستدلال ان
الالف واللام اذا دخلا الجمع ولم يكن به معهود ينصرف الى الجنس فيتناول الواحدة
فما وقع على ما عرف في موضعه وهو حجة على الشافعي في اشتراط الاربع بناء على ان
كل امرأتين تقومان مقام رجل واحد في الشهادات قوله ولانه دليل معقول لنا
ووجهه ان الذكورة سقطت بالاتفاق ليخف النظر لان نظر الجنس اخف
وفي اسقاط العدد تخفيف النظر فيصار اليه لان المثنى والثلث احوط لما فيه
من معنى الالزام واعترض بان في هذا التعليل فرع مناقضه لانه لو كان جوازا
لاكتفينا بنظر الواحدة لخفة نظرها لما كان نظر الاثنين والثلث احوط من نظر الواحدة

والبكارة والعيوب بالنساء في موضع لا يطلع عليه الرجال شهادة
لقوله عليه السلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع
المحلى بالالف واللام يراد به الجنس فيتناول الاقل وهو حجة على الشافعي في اشتراط
الاربع ولانه انما سقطت الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس اخف فكذا يسقط اعتبار
العدد الا ان المثنى والثلث احوط لما فيه من معنى الالزام ثم حكمها في الولادة
شرحناه في الطلاق واما حكم البكارة فان شهدت انها بكر يؤجل في العنين
سنة ويفرق بعده لانها تأيدت بمؤيد اذ البكارة اصل وكذا في رد المبيع اذا
اشتراها بشرط البكارة وان قلن انها ثيب يحلف البائع لينضم نكوله الى قولهن
والعيب يثبت بقولهن فيحلف البائع واما شهادتهن على استهلال الصبي لا تقبل عند
ابي حنيفة رحمه الله عليه في حق الارث لانه مما يطلع عليه الرجال الا في حق
الصلوة عليه لانه من امور الدين وعندهما يقبل في حق الارث ايضا لانه
صوت عند الولادة ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة
قال ولا بد في ذلك كله من العدالة ولفظة الشهادة فان لم يذكر الشاهد
لفظة الشهادة وقال اعلم او اتيقن لم يقبل شهادته اما العدالة فلقوله
تعالى ممن ترضون من الشهداء ولقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم ولان
العدالة هي المعينة للصدق لان من يتعاطى غيبة الكذب قد يتعاطاه وعن
ابي يوسف رحمه الله ان الفاسق اذا كان وجيها في الناس ذا مروة تقبل شهادته
لانه لا يستأجر لوجاهته ويمتنع عن الكذب لمروته والاول اصح الا ان القاضي
لو قضى بشهادة الفاسق يصح عندنا والمسألة معروفة واما لفظة الشهادة فلان
النصوص نطقت باشتراطها اذ الامر فيها بهذه اللفظة ولان فيها زيادة توكيد فان
قوله اشهد من الفاظ اليمين فكان الامتناع عن الكذب بهذا اللفظ اشد وقوله
في ذلك كله اشارة الى جميع ما تقدم حتى يشترط العدالة ولفظة الشهادة في
شهادة النساء في الولادة وغيرها هو الصحيح لانه شهادة لما فيه من معنى الالزام
ويختص بالقضاء ويشترط فيه الحرية والاسلام قال ابو حنيفة رحمه الله
عليه يقتصر على ظاهر العدالة في المسلم ولا يسأل حتى يطعن الخصم لقوله عليه السلام

المسلمين يقبل بعضهم على بعض الا في حد او في قذف ومثل ذلك عن عمر رضي الله عنه ولان
الظاهر هو الانزجار عما هو محرم دينه وما بالظاهر كفاية اذ لا وصول الى القطع
الا في الحدود والقصاص فانه يسأل عن الشهود لانه يحتال لاسقاطها فيشترط الاستقصاء
فيها ولان الشبهة فيها دارئة فان طعن الخصم فيهم سأل عنهم لانه تقابل الظاهران
فيسأل طلبا للترجيح وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا بد ان يسأل عنهم في السر
والعلانية في سائر الحقوق لان القضاء بينة على الحجة وهي شهادة العدول فيتعرف
عن العدالة وفيه صون قضائه عن البطلان وقيل اختلاف عصر وزمان والفتوى
على قولهما في هذا الزمان ثم التزكية في السر ان يبعث المستورة الى المعدل فيها الثياب
والحلي والمصلى ويرده المعدل كل ذلك في السر كيلا يظهر فيخدع او يقصد وفي العلانية
لا بد ان يجمع بين المعدل والشاهد لينفي شبهة تعديل غيره وقد كانت العلانية
وحدها في الصدر الاول ووقع الاكتفاء بالسر في زماننا تحرزا عن الفتنة ويروى
عن محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ثم قيل لا بد ان يقول المعدل هو
عدل جائز الشهادة لان العبد قد يعدل وقيل يكتفي بقوله هو عدل لان الحرية
ثابتة بالدار وهذا اصح قال وفي قول من رأى ان يسأل عن الشهود لم يقبل
قول الخصم انه عدل معناه قول المدعى عليه وعن ابي يوسف ومحمد انه يجوز تزكيته
لكن عند محمد يضم تزكية اخر الى تزكيته لان العدد عنده شرط وجه الظاهر ان
في زعم المدعي وشهوده ان الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح معدلا
وموضوع المسئلة اذا قال هم عدول الا انهم اخطؤا او نسوا اما اذا قال صدقوا
او هم عدول صدقة فقد اعترف بالحق قال واذا كان رسول القاضي
الذي يسأل عن الشهود واحدا جاز والاثنان افضل وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد لا يجوز الا اثنان والمراد منه المزكي وعلى هذا الخلاف
رسول القاضي الى المزكي والمترجم عن الشاهد له ان التزكية في معنى الشهادة لان
ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة بالتزكية فيشترط فيه العدد كما يشترط العدالة
فيه ويشترط الذكورة في المزكي في الحدود ولهما انه ليس في معنى الشهادة ولهذا
لا يشترط فيه لفظة الشهادة ومجلس القضاء واشتراط العدد امر زائد على الشهادة فلا

يتعداها قال ولا يشترط اهلية الشهادة في المزكي في تزكية السر حتى صلح العبد
مزكيا فاما في تزكية العلانية فهو شرط وكذا العدد بالاجماع على ما قاله الخصاف رحمه الله
لاختصاصها بمجلس القضاء قالوا ويشترط الاربعة في تزكية شهود الزنا عند محمد رحمه الله
وصل وما يتحمله الشاهد على ضربين احدهما ما يثبت بنفسه مثل البيع
والاقرار والغصب والقتل وحكم الحاكم فاذا سمع ذلك الشاهد او رآه وسعه ان
يشهد به وان لم يشهد عليه لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الركن في اطلاق
الاداء قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه السلام اذا علمت
مثل الشمس فاشهد والا فدع قال ويقول اشهد انه باع ولا يقول اشهدني
لانه كذب ولو سمع من وراء الحجاب لا يجوز له ان يشهد ولو فسر للقاضي لا يقبله لان
النغمة تشبه النغمة الا اذا كان دخل البيت وعلم انه ليس فيه احد سواه ثم جلس على
الباب وليس للبيت مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه حصل العلم في هذه
الصورة ومنه ما لا يثبت الحكم فيه بنفسه مثل الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا
يشهد بشيء لم يجز ان يشهد على شهادته الا ان يشهده لان الشهادة غير موجبة بنفسها وانما
تصير موجبة بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحمل ولم يوجد وكذا لو سمعه
يشهد الشاهد على شهادته لم يسع السامع ان يشهد لانه ما حمله وانما حمل غيره قال
ولا يحل للشاهد اذا رأى خطه ان يشهد الا ان يتذكر الشهادة لان الخط يشبه
الخط فلم يحصل العلم قيل هذا على قول ابي حنيفة رحمه الله عليه وعندهما يحل له ان
يشهد وقيل هذا بالاتفاق وانما الخلاف فيما اذا وجد القاضي شهادة في ديوانه او قضيته
لان ما يكون في قمطره فهو تحت ختمه يؤمن عليه من الزيادة والنقصان فيحصل
له العلم بذلك ولا كذلك الشهادة في الصك لانه في يد غيره وعلى هذا اذا ذكر المجلس
الذي كانت فيه الشهادة او اخبره قوم ممن يثق بهم انا نشهدنا نحن وانت قال
ولا يجوز للشاهد ان يشهد بشيء لم يعاينه الا النسب والموت والنكاح والدخول
ووصية القاضي فانه يسعه ان يشهد بهذه الاشياء اذا اخبره بها من يثق به
والقياس ان لا يجوز لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل وصار

كالبيع وجه الاستحسان ان هذه امور تختص بمعاينة اسبابها خواص من الناس ويتعلق
بها احكام تبقى على انقضاء القرون فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع ادى الى الحرج وتعطيل
الاحكام بخلاف البيع لانه يسمعه كل احد وانما يجوز للشاهد ان يشهد بالاشتهار وذلك
بالتواتر او باخبار من يثق به كما قال في الكتاب ويشترط ان يخبره رجلان
عدلان او رجل وامرأتان ليحصل له نوع علم وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد
او واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه
فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح وينبغي ان يطلق
اداء الشهادة اما اذا فسر للقاضي انه يشهد بالتسامع لم تقبل شهادته كما ان
معاينة اليد في الاملاك تطلق الشهادة ثم اذا فسر لا تقبل كذا هذا ولو راى انسانا
جلس مجلس القضاء يدخل عليه الخصوم حل له ان يشهد على كونه قاضيا وكذا اذا راى
رجلا وامرأة يسكنان بيتا ويتبسط كل واحد منهما الى آخر انبساط الازواج كما
اذا راى عينا في يد غيره ومن شهد انه شهد دفن فلان او صلى على جنازته
فهو معاينة حتى لو فسر للقاضي قبله ثم فصل الاستثناء في الكتاب على هذه الاشياء
يعني اعتبار التسامع في الولاء والوقف وعن ابي يوسف آخرا انه يجوز في الولاء لانه
بمنزلة النسب على ما قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب وقيل قوله في مولاه
ابوان او ثلثة دون رجل بعينه وعند محمد رحمه الله انه يجوز في الوقف لانه يبقى
على مر الاعصار الا انا نقول الولاء يبتنى على زوال الملك ولا بد فيه من المعاينة فكذا ما
يبتنى عليه واما الوقف فالصحيح انه تقبل الشهادة بالتسامع في اصله دون شرائطه
لان اصله هو الذي يشتهر قال ومن كان في يده شيء سوى العبد والامة
وسعك ان تشهد انه له لان اليد اقوى ما يستدل به على الملك اذ هي مرجع الدلالة
في الاسباب كلها فيكتفى بها وعن ابي يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك ان يقع في قلبه
انه له قالوا ويحتمل ان يكون تفسيرا لاطلاق محمد رحمه الله في الرواية وقال
الشافعي دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال بعض مشايخنا لان اليد دعوة
الى نيابة وملك قلنا والتصرف ينبئ ايضا الى انابة واصالة ثم المسئلة على وجوه ان

عاين المالك والملك حل له ان يشهد وكذا اذا عاين الملك بجحوده دون المالك
لان النسب يثبت بالتسامع وان عاينهما او عاين المالك دون الملك لا يحل واما العبد
والامة ان كان يعرف انهما رقيقان فكذلك لان الرقيق لا يكون في يد نفسه
وان كان لا يعرف انهما رقيقان الا انهما صغيران لا يعبران عن انفسهما فكذلك لانه
لا يد لهما على انفسهما وان كانا كبيرين فذلك يصرف الاستثناء لان لهما يدا على انفسهما فتدفع
يد الغير عنهما فانعدم دليل الملك وعن ابي حنيفة رحمه الله انه يحل له ان يشهد فيهما ايضا
اعتبارا بالثياب والفرق ما بينا باب من يقبل شهادته ومن لا يقبل شهادة الاعمى
وقال زفر رحمه الله وهو رواية عن ابي حنيفة انه تقبل فيما يجري فيه التسامع
لان الحاجة فيه الى السماع ولا خلاف فيه وقال ابو يوسف والشافعي تجوز اذا كان
بصيرا وقت التحمل لحصول العلم بالمعاينة والاداء يختص بالقول ولسانه غير موف والتعريف
يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت ولنا ان الاداء يفتقر الى التمييز بالاشارة بين المشهود له
والمشهود عليه ولا يميز الاعمى الا بالنغمة وفيه شبهة تمكن التحرز عنها بجنس الشهود
والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر وصار كالحدود والقصاص ولو عمي بعد الاداء
يمنع القضاء عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيام اهلية الشهادة شرط وقت القضاء
لصيرورتها حجة عنده وصار كما اذا خرس او جن او فسق بخلاف ما اذا ماتوا او غابوا
لان الاهلية بالموت انتهت وبالغيبة ما بطلت قال ولا المملوك لان الشهادة
من باب الولاية وهو لا يلي نفسه فاولى ان لا يثبت له الولاية على غيره قال
ولا المحدود في قذف وان تاب لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا ولانه من
تمام الحد لكونه مانعا فيتقيد بعد التوبة كاصله بخلاف المحدود في غير القذف لان
الرد للفسق وقد ارتفع بالتوبة وقال الشافعي رحمه الله تقبل اذا تاب
لقوله تعالى الا الذين تابوا استثنى التائب قلنا الاستثناء ينصرف الى ما يليه وهو
قوله تعالى واولئك هم الفاسقون او هو استثناء منقطع بمعنى لكن ولو حد الكافر
في القذف ثم اسلم تقبل شهادته لان للكافر شهادة فكان ردها من تمام الحد و
بالاسلام حدثت له شهادة اخرى بخلاف العبد اذا حد ثم اعتق لانه لا شهادة
للعبد اصلا فيتم حده برد شهادته بعد العتق قال ولا شهادة الوالد لولده

وولده ولا شهادة الولد لابويه واجداده والاصل فيه قوله عليه السلام
لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا
العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استاجره ولان المنافع بين الاولاد
والآباء متصلة ولهذا لا يجوز اداء الزكوة اليهم فتكون شهادة لنفسه من وجه او يتمكن
فيه التهمة قال رضي الله عنه والمراد بالاجير على ما قالوا التلميذ الخاص الذي
يقدم ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه السلام لا شهادة
للقانع باهل البيت وقيل المراد الاجير مساياهة او مشاهرة فيستوجب الاجر بنفعه
عند اداء الشهادة فيصير كالمستاجر عليها قال ولا تقبل شهادة احد الزوجين
للآخر وقال الشافعي رحمه الله يقبل لان الاملاك بينهما متميزة والايدي متحيزة
ولهذا يجري القصاص والحبس بالدين بينهما ولا معتبر بما فيه من النفع لثبوته
ضمنا كما في الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا ولان الانتفاع متصل
عادة وهو المقصود فيصير شاهدا لنفسه من وجه او يصير متهما بخلاف
شهادة الغريم لانه لا ولاية له على المشهود به قال ولا شهادة المولى لعبده
لانه شهادة لنفسه من كل وجه اذا لم يكن على العبد دين او من وجه اذا كان
عليه دين لان الحال موقوف مراعى قال ولا لمكاتبه لما قلنا ولا شهادة
الشريك لشريكه فيما هو من شركتهما لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما
ولو شهد ما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة وقال وتقبل شهادة الاخ
لاخيه وعمه لانعدام التهمة فان الاملاك ومنافعها متباينة ولا بسوطية
لبعضهم في مال البعض قال ولا تقبل شهادة مخنث ومراده المخنث في
الردي من الافعال لانه فاسق فاما الذي في كلامه لين وفي اعضائه تكسر
فهو مقبول الشهادة قال ولا نائحة ولا مغنية لانهما يرتكبان محرما
فان عليه السلام نهى عن الصوتين الاحمقين النائحة والمغنية ولا مدمن
الشرب على اللهو لانه ارتكب محرم دينه ولا من يلعب بالطيور لانه يورث غفلة ولانه
قد يقف على عورات النساء بصعود سطحه ليطير طيره وفي بعض النسخ ولا من يلعب
بالطنبور وهو المغني قال ولا من يغني للناس لانه يجمع الناس على ارتكاب

كبيرة قال ولا من يأتي بابا من الكبائر التي يتعلق بها الحد للفسق وقيل
ولا من يدخل الحمام بغير ازار لان كشف العورة حرام قال او يأكل الربوا
او المقامر بالنرد والشطرنج لان كل ذلك من الكبائر وكذلك من تفوته الصلوة
للاشتغال بهما فاما مجرد اللعب بالشطرنج فليس بفسق مانع من الشهادة لان الاجتهاد
فيه مساغ وشرط في الاصل ان يكون اكل الربوا مشهورا به لان الانسان قل ما يخلو
عن مباشرة العقود الفاسدة وكل ذلك ربوا ولا من يفعل الافعال المستحقرة
كالبول على الطريق والاكل على الطريق لانه تارك للمروة فاذا كان لا يستحي عن
مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب فيتهم ولا تقبل شهادة من يظهر سب السلف لظهور فسقه
بخلاف من يكتمه وتقبل شهادة اهل الاهواء الا الخطابية منهم وقال
الشافعي رحمه الله لا تقبل لانه اغلظ وجوه الفسق ولنا انه فسق من حيث الاعتقاد
وما اوقعه فيه الا تدينه به وصار كمن يشرب المثلث او يأكل متروك التسمية
عامدا مستحلا لذلك بخلاف الفسق من حيث التعاطي اما الخطابية فهم من غلاة
الروافض يعتقدون الشهادة لكل من حلف عندهم وقيل يرون الشهادة لشيعتهم
واجبة فيتمكن التهمة في شهادتهم قال وتقبل شهادة اهل الذمة بعضهم على بعض
وان اختلفت ملهم وقال مالك والشافعي لا تقبل لانه فاسق قال الله تعالى والكافرون
هم الفاسقون فيجب التوقف في خبره ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم وصار كالمرتد
ولنا ما روي ان النبي عليه السلام اجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض ولانه
من اهل الولاية على نفسه واولاده الصغار فيكون من اهل الشهادة على جنسه
والفسق من حيث الاعتقاد غير مانع لانه يجتنب ما يعتقده محرم دينه والكذب
محظور الاديان بخلاف المرتد لانه لا ولاية له وبخلاف شهادة الذمي على المسلم
لانه لا ولاية له بالاضافة اليه ولانه يتقول عليه لانه يغيظه قهره اياه وميل
الكفر وان اختلفت فلا قهر فلا يحملهم الغيظ على التقول قال ولا تقبل شهادة
الحربي على الذمي اراد به والله اعلم المستأمن لانه لا ولاية له على الذمي لان الذمي من
اهل دارنا وهو على منعة وتقبل شهادة الذمي عليه كشهادة المسلم على الذمي وعليه
قال وتقبل شهادة المستامنين بعضهم على بعض اذا كانوا من اهل دار

واحدة وان كانوا من دارين كالترك والروم لا تقبل لان اختلاف الدارين يقطع
الولاية ولهذا يمنع التوارث بخلاف الذمي لانه من اهل دارنا ولا كذلك المستأمن
قال وان كانت الحسنات اكثر من السيآت والرجل ممن يجتنب الكبائر
قبلت شهادته وان الم بمعصية هذا هو الصحيح في حد العدالة المعتبرة اذ لا بد من توقي
الكبائر كلها وبعد ذلك يعتبر الغالب كما ذكرنا فالالمام بمعصية لا تقدح به العدالة
المشروطة ولا ترد الشهادة المشروعة لان في اعتبار اجتنابه الكل سد بابه وهو
مفتوح احياء للحقوق قال وتقبل شهادة الاقلف لانه لا يخل بالعدالة الا
اذا تركه استخفافا بالدين لانه لم يبق بهذا الصنع عدلا قال والخصي
يقبل شهادته لان عمر رضي الله عنه قبل شهادة علقمة الخصي ولانه قطع عضو
منه ظلما فصار كما اذا قطعت يده قال وولد الزنا لان فسق الابوين
لا يوجب فسق الولد لكفرهما وهو مسلم وقال مالك رحمه الله لا تقبل في الزنا لانه
يجب ان يكون غيره كمثله فيتهم قلنا العدل لا يختار ذلك ولا يستحبه والكلام في
العدل قال وشهادة الخنثى جائزة لانه رجل او امرأة وشهادة الجنس مقبولة
بالنص قال وشهادة العمال جائزة والمراد عمال السلطان عند عامة المشايخ
رحمهم الله لان نفس العمل ليس بفسق الا اذا كانوا اعوانا على الظلم وقيل العامل
اذا كان وجيها في الناس ذا مروءة لا يجازف في كلامه تقبل شهادته كما مر عن
ابي يوسف رحمه الله في الفاسق لانه لوجاهته لا يقدم على الكذب حفظا للمروءة
ولمهابته لا يستأجر على الشهادة الكاذبة قال واذا شهد الرجلان
ان اباهما اوصى الى فلان والوصي يدعي فهو جائز استحسانا وان انكر الوصي
لم يجز وفي القياس لا يجوز وان ادعى وعلى هذا اذا شهد الموصى لهما بذلك
او عزيان لهما على الميت او للميت عليهما دين او شهد الوصيان انه اوصى الى
هذا الرجل معهما وجه القياس انها شهادة للشاهد لعود المنفعة اليه وجه
الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي اذا كان طالبا والموت معروف
فيكفي القاضي بهذه الشهادة مؤنة التعيين لا ان يثبت بها شيء فصار كالقرعة
والوصيان اذا اقرا ان معهما ثالثا يملك القاضي نصب ثالث معهما

بلا اعترافهما بخلاف ما اذا انكر او لم يعترف الموت لانه ليس له ولاية نصب الوصي فيكون
الشهادة هي الموجبة وفي الغريمين للميت عليهما دين تقبل الشهادة وان لم يكن الموت
معروفا لانهما يقران على انفسهما فيثبت الموت باعترافهما في حقهما وان شهدا ان اباهما
هو الغائب وكله بقبض ديونه بالكوفة فادعى الوكيل او انكر لم تقبل شهادتهما
لان القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت انما يثبت بشهادتهما وهي غير موجبة
لمكان التهمة قال ولا يسمع القاضي الشهادة على جرح ولا يحكم بذلك
لان الفسق مما لا يدخل تحت الحكم لان له الدفع بالتوبة فلا يتحقق الالزام ولا
فيه هتك الستر والستر واجب الا اذا شهد واعلى اقرار المدعي بذلك لان
الاقرار مما يدخل تحت الحكم قال ولو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي
استأجر الشهود لم تقبل لانه شهادة على جرح مجرد والاستيجار وان كان
امرا زائدا فلا خصم في اثباته لان المدعى عليه اجنبي عنه لانه لا يوخذ من
المدعى عليه شيء حتى لو اقام المدعى عليه البينة ان المدعي استأجرهم بعشرة دراهم
ليؤدوا الشهادة واعطاهم العشرة من مال الذي كان في يده تقبل لانه خصم
في ذلك ثم يثبت الجرح بناء عليه وكذا لو اقاما على ان صالحت الشهود على
كذا من المال ودفعته اليهم على ان لا يشهدوا وعلى هذا الباطل وقد شهدوا
وطالبهم برد ذلك المال ولهذا قلنا انه اذا اقام البينة ان الشاهد عبد
او محدود في قذف او شارب خمر او قاذف او شريك المدعي تقبل قال
ومن شهد ولم يجرح حتى قال اوهمت بعض شهادتي فان كان عدلا
جازت شهادته ومعنى قوله اوهمت اي اخطأت بنسيان ما كان يحق
على ذكره او بزيادة كانت باطلة ووجهه ان الشاهد قد يبتلى بمثله بمهابة
مجلس القضاء فكان العذر واضحا فتقبل اذا تداركه في اوانه وهو عدل بخلاف
ما اذا قام عن المجلس ثم عاد وقال اوهمت لانه يوهم الزيادة من المدعي
بتلبيس او خيانة فوجب الاحتياط ولان المجلس اذا اتحد لحق الملحق باصل الشهادة
فصار كالكلام الواحد ولا كذلك اذا اختلف وعلى هذا اذا وقع الغلط في بعض
الحدود او في بعض النسب وهذا اذا كان موضع شبهة فاما اذا لم يكن فلا باس

باعادة الكلام اصلا مثل ان يدع لفظة الشهادة وما يجري مجرى ذلك وان قام عن
المجلس بعد ان يكون عدلا وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمه الله عليهما انه تقبل قوله في
غير المجلس اذا كان عدلا والظاهر ما ذكرناه والله الموفق باب الاختلاف
في الشهادة الشهادة اذا وافقت الدعوى قبلت وان خالفتها لم تقبل لان تقدم الدعوى
في حقوق العباد شرط قبول الشهادة وقد وجدت فيما توافقا وانعدمت فيما تخالفا
قال ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند ابي حنيفة فان شهد
احدهما بالف والآخر بالفين لم تقبل الشهادة عندهما تقبل على الالف اذا كان
المدعي يدعي الالفين وعلى هذا المائة والمائتان والطلقة والطلقتان والطلقة
والثلث لهما انهما اتفقا على الالف والطلقة وتفرد احدهما بالزيادة فثبت ما
اجتمعا عليه دون ما تفرد به احدهما وصار كالالف والالف والخمسمائة
ولابي حنيفة انهما اختلفا لفظا وذلك يدل على اختلاف المعنى لانه يستفاد باللفظ
وهذا لان الالف لا يعبر به عن الالفين بل هما جملتان متباينتان تحصل على كل
واحد منهما شاهد واحد وصار كما اذا اختلفا في جنس المال قال
واذا شهد احدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعي يدعي الفا وخمسمائة
قبلت الشهادة على الالف لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى لان الالف و
الخمسمائة جملتان عطفت احدهما على الاخرى والعطف يقرر الاول ونظيره
الطلقة والطلقة والنصف والمائة والمائة والخمسون والخمسة والعشرة والخمسة
لانه ليس لاجزائها حرف العطف فهو نظير الالف والالفين وان قال المدعي
لم يكن الا الالف فشهادة الذي شهد بالالف والخمسمائة باطلة لانه كذبه المدعي
في المشهود به وكذا اذا سكت الاعن دعوى الالف لان التكذيب ظاهر فلا بد من
التوفيق قال ولو قال كان اصل حقي الفا وخمسمائة ولكني استوفيت خمسمائة
او ابرأته عنها قبلت لتوفيقه قال اذا شهدا بالف وقال احدهما قضاه منها
خمسمائة قبلت شهادتهما بالالف لاتفاقهما عليه ولم يسمع قوله انه قضاه لانه شهادة
فرد الا ان يشهد معه آخر وعن ابي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة لان شهادة
القضاء مضمون شهادته ان لا دين الا خمسمائة وجوابه ما قلنا قال وينبغي للشاهد

اذا علم بذلك ان لا يشهد بالف حتى يقر المدعي انه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم
وفي الجامع الصغير رجلان شهدا على رجل بقرض الف درهم فشهد احدهما انه قد
قضاها فالشهادة جائزة على القرض لاتفاقهما عليه وتفرد احدهما بالقضاء على ما بينا
وذكر الطحاوي عن اصحابنا رحمهم الله انه لا تقبل وهو قول زفر رحمه الله لان المدعي
اكذب شاهد القضاء قلنا هذا اكذاب في غير المشهود به الاول وهو القرض ومثله
لا يمنع القبول قال واذا شهد شاهدان انه قتل زيدا يوم النحر بمكة وشهد
آخران انه قتله يوم النحر بالكوفة واجتمعوا عند الحاكم لم يقبل الشهادتين لاحدهما
كاذبة وليست احديهما باولى من الاخرى فان سبقت احديهما وقضى بها ثم
حضرت الاخرى لم تقبل لان الاولى قد تمت باتصال القضاء بها فلا تنتقض
بالثانية قال واذا شهدا على رجل انه سرق بقرة واختلفا في لونها
قطع وان قال احدهما بقرة والآخر ثور لم يقطع وهذا عند ابي حنيفة رحمه
الله وقال ابو يوسف ومحمد لا يقطع في الوجهين جميعا وقيل الاختلاف
في لونين يتشابهان كالسواد والحمرة في السواد والبياض وقيل الاختلاف
في جميع الالوان لهما ان السرقة في السوداء غيرها في البيضاء فلم يتم على كل فعل
نصاب الشهادة وصار كالغصب وبل اولى لان امر المحدا هم وصار كالذكورة
والانوثة وله ان التوفيق ممكن لان التحمل في الليالي من بعيد واللونان يتشابهان
بهما او يجتمعان فيكون السواد من جانب والبياض من جانب آخر والآخر
يشاهده لجاز في الغصب لان التحمل فيه بالنهار على قرب منه والذكورة والانوثة
متنافية لا تجتمعان في واحدة وكذا الوقوف على ذلك بالقرب منه فلا يشتبه
قال ومن شهد لرجل انه اشترى عبدا فلان بالف وشهد آخران
اشترى بالف وخمسمائة فالشهادة باطلة لان المقصود اثبات السبب وهو
العقد ويختلف باختلاف الثمن فاختلف المشهود به ولم يتم العدد على كل واحد
ولان المدعي يكذب احد شاهديه فكذا اذا كان المدعي هو البائع
ولا فرق بين ان يدعي المدعي اقل المالين او اكثرهما لما بينا وكذلك الكتابة
لان المقصود هو العقد ان كان المدعي هو العبد فظاهر وكذا اذا كان

هو المدعي لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان المقصود اثبات السبب وكذا الخلع و
الاعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعي هو المرأة والعبد والقاتل
لان المقصود اثبات العقد والحاجة ماسة اليه وان كان الدعوى
من الجانب الآخر فهو بمنزلة دعوى الدين فيما ذكرنا من الوجوه لانه ثبت
العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فبقي الدعوى في الدين وفي
الدين وفي الرهن ان كان المدعي هو الراهن لا تقبل لانه لا حظ له في الرهن
فعريت الشهادة عن الدعوى وان كان المرتهن فهو بمنزلة دعوى الدين وفي الاجارة
ان كان ذلك في اول المدة فهو نظير البيع وان كان بعد مضي المدة والمدعي
هو الآجر فهو دعوى الدين قال فاما النكاح فانه يجوز بالفا استحسانا
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذا باطل في النكاح ايضا وذكر في الامالي قول
ابي يوسف مع قول ابي حنيفة لهما ان هذا اختلاف في العقد لان المقصود من
الجانبين هو السبب فاشبه البيع ولابي حنيفة رضي الله عنه ان المال في النكاح
تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ولا اختلاف فيما هو الاصل فيثبت
ثم اذا وقع الاختلاف في التبع يقضي بالاقل لاتفاقهما عليه ويستوي دعوى
اقل المالين او اكثرهما في الصحيح ثم قيل الاختلاف فيما اذا كانت المرأة هي
المدعية وفيما اذا كان المدعي هو الزوج اجماع انه لا تقبل لان مقصودها
قد يكون المال ومقصوده ليس الا العقد وقيل الخلاف في الفصلين وهذا
اصح والوجه ما ذكرناه **فصل** في الشهادة على الارث ومن اقام
بينة على دار انها كانت لابيه اعارها او اودعها الذي هي في يده فانه
ياخذها ولا يكلف البينة انه مات وتركها ميراثا له واصله انه متى
ثبت ملك المورث لا يقضى للوارث حتى يشهد الشهود انه مات وتركها ميراثا
له عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله هو يقول ان ملك
الوارث ملك المورث فصارت الشهادة بالملك للمورث شهادة به للوارث وهما
يقولان ان ملك الوارث متجدد في حق العين حتى يجب عليه الاستبراء في الجارية
الموروثة ويحل للوارث الغني ما كان صدقة على المورث الفقير فلا بد من النقل

الا انه يكتفي بالشهادة على قيام ملك المورث وقت الموت لثبوت الانتقال ضرورة
وكذا على قيام يده على ما نذكره ان شاء الله تعالى وقد وجدت الشهادة على
اليد في مسئلة الكتاب لان يد المستعير والمودع والمستاجر قائمة مقام يده
فاغنى ذلك عن الجر والنقل وان شهدوا انها كانت في يد فلان مات وهي في يده
جازت الشهادة لان الايدي عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان
والامانة تصير مضمونة بالتجهيل فصارت بمنزلة الشهادة على قيام ملكه وقت
الموت وان قالوا لرجل حي نشهد انها كانت في يد المدعي منذ اشهر لم تقبل وعن
ابي يوسف رحمه الله انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك ولو شهدوا انها كانت
ملكه تقبل وكذا هذا فصار كما اذا شهدوا بالاخذ من المدعي وجه الظاهر وهو
قولهما ان الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى يد ملك وامانة
وضمان فتعذر القضاء باعادة المجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير مختلف وبخلاف
الاخذ لانه معلوم وحكمه معلوم وهو وجوب الرد ولان يد ذي اليد معاينة
ويد المدعي مشهود به وليس الخبر كالمعاينة قال وان اقر بذلك المدعى
عليه دفعت الى المدعي لان الجهالة في المقر به لا تمنع صحة الاقرار وان شهد شاهدان
انه اقر انها كانت في يد المدعي دفعت اليه لان المشهود به ههنا الاقرار وهو معلوم
والله اعلم **باب** الشهادة على الشهادة الشهادة على الشهادة جائزة
في كل حق لا يسقط بالشبهة وهذا استحسان لشدة الحاجة اليها اذ شاهد الاصل
قد يعجز عن اداء الشهادة لبعض العوارض فلو لم تجز الشهادة على شهادته ادى الى ابطال
الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة وان كثرت الا ان فيها شبهة من
حيث البدلية او من حيث ان فيها زيادة احتمال وقد امكن الاحتراز عنه
بجنس الشهود فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص وتجوز شهادة
شاهدين على شهادة شاهدين قال الشافعي رضي الله عنه لا تجوز
الا الاربع على كل اصل اثنان لان كل شاهدين قائمان مقام واحد فصار كالمزكين
نبهنا على رضي الله عنه لا تجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين ولان نقل شهادة
الاصل من الحقوق فيها شهد الحق ثم شهد الحق آخر فتقبل ولا تقبل شهادة واحد

على شهادة واحد لما روينا وهو حجة على مالك ولانه حق من الحقوق فلا بد من نصاب
الشهادة قال وصفة الاشهاد ان يقول شاهد الاصل لشاهد الفرع
اشهد على شهادتي ان اشهد ان فلان بن فلان اقر عندي بكذا واشهدني
على نفسه لان الفرع كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل على ما مر ولا بد
ان يشهد كما يشهد عند القاضي ليتحمله الى مجلس القضاء وان لم يقل اشهدني
على نفسه جاز لان من سمع اقرار غيره حل له الشهادة وان لم يقل له اشهد
قال ويقول شاهد الفرع عند الاداء اشهد ان فلانا اشهدني على شهادته
ان فلانا اقر عنده بكذا وقال لي اشهد على شهادتي بذلك لانه لا بد من شهادته
وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل ولها لفظ اطول من هذا واقصر منه وخير
الامور اوساطها ومن قال اشهدني فلان على نفسه لم يشهد السامع على
شهادته حتى يقول اشهد على شهادتي لانه لا بد من التحميل وهذا ظاهر عند محمد
رحمه الله لان القضاء عنده بشهادة الاصول والفروع جميعا حتى اشتركوا في
الضمان عند الرجوع وكذا عندهما لانه لا بد من نقل شهادة الاصول لتصير
حجة بتحميل ما هو حجة قال ولا تقبل شهادة شهود الفرع الا ان يموت
شهود الاصل او يغيبوا مسيرة ثلثة ايام فصاعدا او يمرضوا مرضا لا يستطيعون
حضور مجلس الحاكم لان جوازها للحاجة وانما تمس عند العجز وبهذه الاشياء يتحقق
العجز وانما اعتبرنا السفر لان العجز بعد المسافة ومدة السفر بعيدة حكما حتى
اجري عليها عدة من الاحكام فكذا سبيل هذا الحكم وعن ابي يوسف رحمه الله
انه ان كان في مكان لو غدا لاداء الشهادة لا يستطيع ان يبيت في اهله صح الاشهاد
احياء لحقوق الناس قالوا الاول احسن والثاني ارفق وبه اخذ فقيه ابو الليث
رحمه الله عليه فان عدل شهود الاصل شهود الفرع جاز لانهم من اهل التزكية وكذا
اذا شهد شاهدان فعدل احدهما الاخر صح لما قلنا غاية الامر ان فيه منفعة
من حيث القضاء بشهادته لكن العدل لا يتهم بمثله كما لا يتهم في شهادة نفسه
كيف وان قوله مقبول في نفسه وان ردت شهادة صاحبه فلا تهمة قال
وان سكتوا عن تعديلهم جاز ونظر القاضي في حالهم وهذا عند ابي يوسف رحمه الله

وقال محمد لا تقبل لانه لا شهادة الا بالعدالة فاذا لم يعرفوها لم يقبلوا شهادة
فلا تقبل ولابي يوسف ان المأخوذ عليهم النقل دون التعديل لانه قد يخفى عليهم واذا
نقلوا يعرف القاضي العدالة كما اذا حضروا بانفسهم فشهدوا قال
وان انكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع لان التحميل لم يثبت
للتعارض بين الخبرين وهو شرط قال واذا شهد رجلان على شهادة
رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية وقالا اخبرنا انهما يعرفانها فجاءا بامرأة
وقالا لا ندري اهي هذه ام لا فانه يقال للمدعي هات شاهدين يشهدان
انها فلانة لان الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت والمدعي يدعي الحق
على الحاضرة ولعلها غيرها فلا بد من تعريفها بتلك النسبة ونظير هذا اذا تحملوا
الشهادة ببيع محدود بذكر حدودها وشهدوا على المشتري لا بد من آخرين
يشهدان على ان المحدود بها في يد المدعا عليه وكذا اذا انكر المدعى عليه ان
الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال وكذا كتاب
القاضي الى القاضي لانه في معنى الشهادة على الشهادة الا ان القاضي بكمال دينه
ووفور ولايته يتفرد بالنقل قال ولو قالوا في هذين البابين فلانة
التميمية لم يجز حتى ينسبوها الى فخذها وهي القبيلة الخاصة وهذا لان التعريف
لا بد منه في هذا ولا يحصل بالنسبة العامة وهي علامة الى بني تميم لانهم قوم لا يحصون
ويحصل بالنسبة الى الفخذ لانها خاصة وقيل الفرغانية نسبة عامة والاوزجندية
خاصة وقيل السمرقندية والبخارية عامة وقيل الى السكة الصغيرة
خاصة والى المحلة الكبيرة عامة والمصر عامة ثم التعريف وان كان يتم بذكر
الجد عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف على ظاهر الروايات
فذكر الفخذ يقوم مقام الجد لانه اسم للجد الاعلى فنزل منزلة الجد الادنى
فصل قال ابو حنيفة رضي الله عنه شاهد الزور اشهره في السوق
ولا اعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رضي الله عنه لهما
ما روي عن عمر رضي الله عنه انه ضرب شاهد الزور اربعين سوطا وسخم
وجهه ولان هذه كبيرة يتعدى ضررها الى العباد ليس فيه حد مقدر فيعزر وله

ان سرعان رضي الله عنه كان يشهر ولا يضرب ولان الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفي به والضرب
وان كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا الى
هذا الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ الى
الاربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رضي الله عنه فانه كان يبعثه
الى سوق ان كان سوقيا او الى قومه ان كان غير سوقي بعد العصر اجمع ما كانوا
ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه
الناس وذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله انه يشهر عندهما ايضا والتعزير والحبس
على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ذكرناه في الحدود قال
وفي الجامع الصغير شاهدان اقرا انهما شهدا بزور لم يعزرا وقالا يعزران
وفائدته ان شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك
فاما لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات

باب الرجوع عن الشهادات

اذا رجع الشهود عن شهادتهم
قبل الحكم بها سقطت لان الحق انما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضي بكلام متناقض
ولا ضمان عليهما لانهما ما اتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المشهود عليه فان حكم
بشهادتهم ثم رجعوا لم ينفسخ الحكم لان آخر كلامهم يناقض اوله فلا ينتقض الحكم
بالمتناقض ولانه في الدلالة على الصدق مثل الاول وقد ترجح الاول باتصال
القضاء به وعليهم ضمان ما اتلفوه بشهادتهم لاقرارهم على انفسهم بسبب الضمان والتناقض
لا يمنع صحة الاقرار وسنقرره بعد ان شاء الله تعالى قال ولا يصح الرجوع
الا بحضرة الحاكم لانه فسخ للشهادة فيختص بما يختص به الشهادة من المجلس وهو مجلس
القاضي اي قاض كان ولان الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر
بالسر والاعلان بالاعلان واذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القضاء فلو ادعى المشهود عليه
رجوعهما واراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لانه ادعى رجوعا
باطلا حتى لو اقام البينة انه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لان السبب صحيح
واذا شهد شاهدان بمال الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لان التسبب
التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سبب للاتلاف تعديا وقال

الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبب عند وجود المباشرة قلنا تعذر ايجاب الضمان
على المباشر وهو القاضي لانه كالملجأ الى القضاء وفي ايجابه صرف الناس عن تقلده وتعذر
استيفاؤه من المدعي لان الحكم ماض فاعتبر التسبب وانما يضمنان اذا قبض المدعي
المال دينا كان او عينا لان الاتلاف به يتحقق ولانه لا مماثلة بين اخذ العين
والزام الدين قال واذا رجع احدهما ضمن النصف والاصل ان المعتبر في هذا بقاء
من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من بقي بشهادته نصف الحق وان شهد بالمال ثلثة
فرجع احدهم فلا ضمان عليه لانه بقي من بقي بشهادته كل الحق وهذا لان الاستحقاق
باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فاولى ان يمتنع وان رجع آخر ضمن
الراجعان نصف المال لان ببقاء احدهم يبقى نصف الحق وان شهد رجل وامرتان
فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلثة الارباع ببقاء من بقي وان رجعتا ضمنتا
نصف الحق لان بشهادة الرجل بقي نصف الحق وان شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع
ثمان فلا ضمان عليهن لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فان رجعت اخرى
كان عليهن ربع الحق لانه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية
فبقي ثلثة الارباع وان رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة
خمسة اسداسه عند ابي حنيفة رحمهما الله وعندهما على الرجل النصف وعلى
النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل
شهادتهن الا بانضمام رجل ولابي حنيفة ان كل امرأتين قامتا مقام رجل قال
النبي عليه السلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن بشهادة رجل
واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وان رجع النسوة
العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا فان شهد
رجلان وامرأة بمال ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست
بشاهدة بل هي بعض الشاهد فلا يضاف الحكم اليه قال وان شهد شا
هدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما وكذلك
اذا شهدا بازيد من مهر مثلها لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف
لان التضمين يستدعي المماثلة على ما عرف وانما تضمن وتتقوم بالتملك لانها تصير

متقومة ضرورة الملك اباحة لخطر المحل وكذلك ان شهدا على رجل بتزوج امرأة
مقدار مهر مثلها لانه اتلاف بعوض لما ان البضع متقوم حال الدخول في الملك
والاتلاف بعوض كالاتلاف وهذا لان مبنى الضمان على المماثلة ولا مماثلة
بين الاتلاف بعوض وبين الاتلاف بغير عوض وان شهدا باكثر من مهر المثل
ثم رجعا ضمنا الزيادة لانهما اتلفاها من غير عوض قال وان شهدا ببيع شيء
بمثل القيمة او اكثر ثم رجعا لم يضمنا لانه ليس باتلاف معنى نظرا الى العوض
وان كان باقل من القيمة ضمنا النقصان لانهما اتلفا هذا الجزء بلا عوض
ولا فرق بين ان يكون البيع باتا او فيه خيار البايع لان السبب هو السابق
فيضاف الحكم عند سقوط الخيار اليه فانضاف التلف اليهم وان شهدا على
رجل انه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا نصف المهر لانهما اكدا ضمانا
على شرف السقوط الا يرى انها لو طالبت ابن الزوج او ارتدت سقط المهر
اصلا ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فيوجب سقوط جميع المهر كما مر
في النكاح ثم يجب نصف المهر ابتداء بطريق المتعة فكان واجبا بشهادتهما
قال وان شهدا انه اعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته لانهما اتلفا ماليته
العبد عليه من غير عوض والولاء للمعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان
فلا يتحول الولاء قال واذا شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية
ولا يقتص منهما وقال الشافعي رحمه الله يقتص منهما لوجود القتل تسبيبا فاشبه
المكره بل اولى لان الولي يعان والمكره يمنع ولنا ان القتل مباشرة لم يوجد
وكذا تسبيبا لان السبب ما يفضي اليه غالبا ولا يفضي لان العفو مندوب
بخلاف المكره لانه يؤثر حيوته ظاهرا ولان الفعل الاختياري مما يقطع
النسبة ثم لا اقل من الشبهة وهي دارئة للقصاص بخلاف المال لانه يثبت
مع الشبهات والباقي يعرف في المختلف قال واذا رجع شهود الفرع ضمنوا
لان الشهادة في مجلس القضا صدرت منهم فكان التلف مضافا اليهم ولو رجع
شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم لانهم
انكروا السبب وهو الاشهاد ولا يبطل القضا لانه خبر محتمل فصار كرجوع الشاهد

بخلاف ما قبل القضا وان قالوا اشهدناهم وغلطنا ضمنوا وهذا عند محمد رحمه الله وقال
ابو حنيفة وابو يوسف لا ضمان عليهم لان القضا وقع بشهادة الفروع لان القاضي
يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادتهم وله ان الفروع نقلوا شهادة الاصول فصار كانهم
حضروا ولو رجع الاصول والفروع جميعا فعندهما يجب الضمان على الفروع لا غير لان
القضا وقع بشهادتهم وعند محمد رحمه الله المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول
وان شاء ضمن الفروع لان القضا وقع بشهادة الفروع من الوجه الذي
ذكروا وبشهادة الاصول من الوجه الذي ذكر فيتخير بينهما والجهتان متفاوتتان
فلا يجمع بينهم في التضمين وان قال شهود الفرع كذب شهود الاصل او غلطوا في
شهادتهم لم يلتفت الى ذلك لان ما امضي من القضا لا ينقض بقولهم فلا يجب الضمان
عليهم لانهم ما رجعوا عن شهادتهم انما شهدوا على غيرهم بالرجوع قال
وان رجع المزكون عن التزكية ضمنوا وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمنون
لانهم اثنوا على الشهود فصار وا كشهود الاحصان وله ان التزكية اعمال للشهادة
اذ القاضي لا يعمل بها الا بالتزكية فصارت في معنى علة العلة بخلاف شهود
الاحصان لانه شرط محض قال واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان
بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة لانه هو السبب والتلف
يضاف الى مثبت السبب دون الشرط المحض الا يرى ان القاضي يقضي بشهادة شهود اليمين
دون شهود الشرط ولو رجع شهود الشرط وحدهم اختلف المشايخ فيه ومعنى
المسئلة يمين الفراق والطلاق قبل الدخول

باب الوكالة

كل عقد جاز ان يعقده الانسان بنفسه جاز ان يوكل به غيره لان الانسان
قد يعجز عن المباشرة بنفسه على اعتبار بعض الاحوال فيحتاج الى ان يوكل
غيره فيكون سببا متعديا دفعا لحاجته وقد صح ان النبي عليه السلام وكل
بالشرا حكيم بن حزام وبالتزويج عمرو بن ام سلمة قال ويجوز الوكالة
بالخصومة في سائر الحقوق لما قدمنا من الحاجة اذ ليس كل احد يهتدي
الى وجوه الخصومات وقد صح ان عليا رضي الله عنه وكل عقيلا وبعدما اسن
عقيل وكل عبد الله بن جعفر رضي الله عنهم وكذا بايفائها واستيفائها الا في

الحدود والقصاص فان الوكالة لا تصح باستيفائهما مع غيبة الموكل عن المجلس
لانها تندرئ بالشبهات وشبهة العفو ثابتة حال غيبته بل هو الظاهر للندب
الشرعي بخلاف غيبة الشاهد لان الظاهر عدم الرجوع وبخلاف حالة الحضرة لانتفاء
هذه الشبهة وليس كل احد يحسن الاستيفاء فلو منع عنه ينسد باب الاستيفاء
اصلا وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف لا تجوز
الوكالة باثبات الحدود والقصاص باقامة الشهود ايضا وقول محمد مع ابي حنيفة
وقيل مع ابي يوسف وقيل هذا الاختلاف في غيبته دون حضرته لان كلام الوكيل
ينتقل الى الموكل عند حضوره له ان التوكيل انابة وشبهة النيابة تحترز عنها
في هذا الباب كما في الشهادة وكما في الاستيفاء ولابي حنيفة رحمه الله ان الخصومة
شرط محض لان الوجوب مضاف الى الجناية والظهور الى الشهادة فيجري فيه
التوكيل كما في ساير الحقوق وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه
وكلام ابي حنيفة فيه اظهر لان الشبهة لا تمنع الدفع غير ان اقرار الوكيل
غير مقبول عليه لما فيه من شبهة عدم الامر به وقال ابو حنيفة رضي الله عنه
لا يجوز التوكيل بالخصومة الا برضا الخصم الا ان يكون الموكل مريضا او غائبا
مسيرة ثلثة ايام فصاعدا وقالا لا يجوز التوكيل من غير رضا الخصم وهو قول
الشافعي رحمه الله ولا خلاف في الجواز وانما الخلاف في اللزوم لهما ان التوكيل
تصرف في خالص حقه فلا يتوقف على رضا غيره كالتوكيل بتقاضي الديون
وله ان الجواب مستحق على الخصم ولهذا يستحضره والناس متفاوتون في الخصومة
فلو قلنا بلزومه يتضرر به فيتوقف على رضاه كالعبد المشترك اذا كاتبه
احدهما يتخير الآخر بخلاف المريض والمسافر لان الجواب غير مستحق عليهما هنا
ثم كما يلزم التوكيل عنده من المسافر يلزم اذا اراد السفر لتحقق الضرورة ولو كانت
المرأة مخدرة لم تجر عادتها بالبروز وحضور مجلس الحكم قال ابو بكر الرازي
رحمه الله يلزم التوكيل لانها لو حضرت لا يمكنها ان تنطق بحقها لحيائها فيلزم
توكيلها قال رضي الله عنه وهذا شيء استحسنه المتأخرون وقال وشرط
شرط الوكالة ان يكون الموكل ممن يملك التصرف ويلزمه الاحكام لان الوكيل يملك

التصرف من جهة الموكل فلا بد ان يكون الموكل مالكا ليملكه من غيره ويشترط
ان يكون الوكيل ممن يعقل العقد ويقصده لانه يقوم مقام الموكل في العبارة فلا بد من
ان يكون من اهل العبارة حتى لو كان صبيا لا يعقل او مجنونا كان التوكيل باطلا واذا
وكل الحر البالغ او المأذون مثلهما جاز لان الموكل مالك للتصرف والوكيل من اهل
العبارة وان وكل صبيا محجورا يعقل البيع والشرا او عبدا محجورا جاز ولا يتعلق
بهما الحقوق وتتعلق بموكلهما لان الصبي من اهل العبارة الا ترى انه ينفذ تصرفه
باذن وليه والعبد من اهل التصرف على نفسه مالك له وانما لا يملكه في حق المولى
والتوكيل ليس بتصرف في حقه الا انه لا يصح منهما التزام العهدة الصبي لقصور اهليته
والعبد لحق سيده فيلزم الموكل وعن ابي يوسف رحمه الله ان المشتري اذا لم يعلم
بحال البائع ثم علم انه صبي او مجنون له خيار الفسخ لانه دخل في العقد على ان
حقوقه تتعلق بالعاقد فاذا ظهر خلافه يتخير كما اذا عثر على عيب قال
والعقد الذي يعقده الوكلاء على ضربين كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع
والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل وقال الشافعي رحمه الله تتعلق
بالموكل لان الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم هو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه
وصار كالرسول وكالوكيل في النكاح ولنا ان الوكيل هو العاقد حقيقة لان
العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته لكونه آدميا وكذا حكما لانه يستغني عن
اضافة العقد الى الموكل ولو كان سفيرا عنه لما استغنى عن ذلك كالرسول
واذا كان اصيلا في الحقوق تتعلق به ولهذا قال في الكتاب يسلم المبيع و
يقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم في العيب ويخاصم
فيه لان كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه اعتبارا للتوكيل
السابق كالعبد يهب ويضطر هو الصحيح قال رضي الله عنه وفي مسئلة
العيب تفصيل نذكره ان شاء الله تعالى وكل عقد يضيفه الى موكله كالنكاح والخلع
والصلح عن دم العمد فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل فلا يطالب
وكيل الزوج بالمهر ولا يلزم وكيل المرأة تسليمها لان الوكيل فيها سفير
محض الا ترى انه لا يستغني عن اضافة العقد الى الموكل ولو اضافه الى نفسه

كان النكاح له فضار كالرسول وهذا لان الحكم فيها لا يقبل الفصل عن السبب لانه
اسقاط فيتلاشى فلا يتصور صدوره من شخص وثبوت حكمه لغيره فكان سفيرا
والضرب الثاني من اخواته العتق على مال والكتابة والصلح على الانكار فاما
الصلح الذي هو جارٍ مجرى البيع فهو من الضرب الاول والوكيل بالهبة والتصدق
والاعارة والايداع والرهن والاقراض سفير ايضا لان الحكم فيها يثبت بالقبض
وانه يلاقي محلا مملوكا للغير فلا يجعل اصيلا وكذا اذا كان الوكيل من جانب الملتمس
وكذا الشركة والمضاربة الا ان التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت الملك للموكل
لجهالة في الرسالة فيه قال واذا طالب الموكل المشتري بالثمن فله ان يمنعه
اياه لانه اجنبي عن العقد وحقوقه لما ان الحقوق ترجع الى العاقد وان دفعه
اليه جاز ولم يكن للوكيل ان يطالبه به ثانيا لان نفس الثمن المقبوض حقه
وقد وصل اليه فلا فائدة في الاخذ منه ثم في الدفع اليه ولهذا لو كان للمشتري
على الموكل دين يقع المقاصة ولو كان له عليهما دين يقع المقاصة بدين الموكل
ايضا دون دين الوكيل وبدين الوكيل اذا كان وحده ان كان يقع المقاصة
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله لما انه يملك الابراء عندهما ولكنه
يضمنه للموكل في الفصلين

باب الوكالة بالبيع والشراء وفصل

في الشراء ومن وكل رجلا بشراء شيء فلا بد من تسمية جنسه وصفته او جنسه
ومبلغ ثمنه ليصير الفعل الموكل به معلوما فيمكنه الايتمار الا ان يوكله
وكالة عامة فيقول ابتع لي ما رأيت لانه فوض الامر الى رأيه فاي
شيء يشتريه يكون ممتثلا والاصل ان الجهالة اليسيرة تحتمل في الوكالة
لجهالة الوصف استحسانا لان مبنى التوكيل على التوسعة لانه استعانة وفي
اعتبار هذا الشرط بعض الحرج وهو مدفوع ثم ان كان اللفظ يجمع اجناسا
او ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك
الثمن يوجد من كل جنس ولا يدري مراد الآمر لتفاحش الجهالة وان
كان جنسا يجمع انواعا لا يصح الا ببيان الثمن او النوع لان بتقدير الثمن
يصير النوع معلوما وبذكر النوع تقل الجهالة فلا تمنع الامتثال سئل اذا وكله

بشراء عبد او جارية لا يصح لانه يشمل انواعا فان بين النوع كالتركي والحبشي
والسندي والهندي والمولد جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرناه ولو بين
النوع والثمن ولم يبين الصفة يعني الجودة والرداءة والسطة جاز لانه جهالة
مستدركة ومراده من الصفة المذكورة في الكتاب النوع وفي الجامع الصغير
ومن قال لآخر اشتر لي ثوبا او دابة او دارا فالوكالة باطلة للجهالة
الفاحشة فان الدابة في الحقيقة اسم لما يدب على وجه الارض وفي العرف
تنطلق على الخيل والحمار والبغل وقد جمع اجناسا وكذا الثوب لانه يتناول
الملبوس من الاطلس الى الكسا ولهذا لا يصح تسميته مهرا وكذا الدار تشمل ما هو
في معنى الاجناس لانها تختلف اختلافا فاحشا باختلاف الاغراض والجيران
والمرافق والمحال والبلدان فيتعذر الامتثال قال وان سمى ثمن الدار ووصف
جنس الدار والثوب جاز معناه نوعه وكذا اذا سمى نوع الدابة بان قال حمارا او
قال ومن دفع الى آخر دراهم وقال اشتر لي بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها
والقياس ان يكون على كل مطعوم اعتبارا للحقيقة كما في اليمين على الاكل اذا الطعام
اسم لما يطعم وجه الاستحسان ان العرف اسلك وهو على ما ذكرناه اذا ذكر
مقرونا بالبيع والشراء ولا عرف في الاكل فبقي على الوضع وقيل ان كثرت
الدراهم فعلى الحنطة وان قلت فهو على الخبز وان كان فيما بين ذلك
فعلى الدقيق قال واذا اشترى الوكيل ثم اطلع على عيب فله ان يرده بالعيب
ما دام المبيع في يده لانه من حقوق العقد وهي كلها اليه فان سلمه الى
الموكل لم يرده الا باذنه لانه انتهى حكم الوكالة ولان فيه ابطال يده
الحقيقية فلا يتمكن منه الا باذنه ولهذا كان خصما لمن يدعي في المشترى
دعوى كالشفيع وغيره قبل التسليم الى الموكل لا بعده قال ويجوز التوكيل
بعقد الصرف والسلم لانه عقد يملكه بنفسه فيملك التوكيل به على ما مر
ومراده التوكيل بالاسلام دون قبول السلم لان ذلك لا يجوز لان الوكيل
يبيع طعاما في ذمته على ان يكون الثمن لغيره وهذا لا يجوز فان فارق

الوكيل صاحبه قبل القبض بطل العقد لوجود الافتراق من غير قبض ولا يعتبر
مفارقة الموكل لانه ليس بعاقد والمستحق بالعقد قبض العاقد وهو الوكيل
فيصح قبضه وان كان لا يتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه بخلاف
الرسول لان الرسالة في العقد لا في القبض وينتقل كلامه الى المرسل فصار
قبض الرسول قبض غير العاقد فلم يصح قال واذا دفع الوكيل بالشراء الثمن
من ماله وقبض المبيع فله ان يرجع به على الموكل لانه انعقدت بينهما مبادلة
حكمية ولهذا اذا اختلفا في الثمن يتحالفان ويرد الموكل بالعيب على الوكيل وقد
سلم المشتري للموكل من جهة الوكيل فيرجع عليه الحقوق لما كانت اليه
وقد عمله الموكل فيكون راضيا بدفعه من ماله فان هلك المبيع في يده قبل
حبسه هلك من مال الموكل فلم يسقط الثمن لان يده كيد الموكل فاذا لم يحبس
يصير الموكل قابضا بيده وله ان يحبسه حتى يستوفي الثمن لما بينا انه بمنزلة البائع
من الموكل وقال زفر رحمه الله ليس له ذلك لان الموكل صار قابضا بيده حكما
سلمه اليه فيسقط حق الحبس قلنا هذا لا يكون التحرز عنه فلا يكون راضيا بسقوط
حقه في الحبس على ان قبضه موقوف فيقع للموكل ان لم يحبسه ولنفسه عند حبسه
فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند ابي يوسف رحمه الله وضمان
المبيع عند محمد رحمه الله وهو قول ابي حنيفة وضمان الغصب عند زفر لانه ممنوع
بغير حق لهما انه بمنزلة البائع منه فكان حبسه لاستيفاء الثمن فيسقط بهلاكه
ولابي يوسف انه مضمون بالحبس لاستيفاء بعد ان لم يكن وهو الرهن
بعينه بخلاف المبيع لان البيع ينفسخ بهلاكه وههنا لا ينفسخ اصل البيع اصل
العقد قلنا ينفسخ في حق الموكل والوكيل كما اذا رده الموكل بعيب ورضي
الوكيل به قال واذا وكله بشراء عشرة ارطال لحم بدرهم فاشترى
عشرين رطلا بدرهم من لحم يباع منه عشرة ارطال بدرهم لزم الموكل
منه عشرة بنصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرون
وذكر في بعض النسخ قول محمد مع قول ابي حنيفة رحمه الله ومحمد لم يذكر

الخلاف في الاصل لابي يوسف انه امره بصرف الدرهم في اللحم وظن ان سعره
عشرة ارطال فاذا اشترى به عشرين فقد زاده خيرا وصار كما اذا وكله
ببيع عبده بالف فباعه بالفين ولابي حنيفة انه امره بشراء عشرة ارطال ولم
يأمره بشراء الزيادة فينفذ شراؤها عليه وشراء العشرة على الموكل بخلاف
ما استشهد به لان الزيادة هناك بدل ملك الموكل فيكون له بخلاف ما اذا
اشترى ما يساوي عشرين رطلا بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع
لان الامر تناول اليمين وهذا مضرول فلم يحصل مقصود الامر قال ولو وكله
بشراء شيء بعينه فليس له ان يشتريه لنفسه لانه يؤدي الى تغرير الامر
حيث اعتمد عليه ولان فيه عزل نفسه ولا يملكه على ما قيل الا بحضرة
من الموكل فلو كان الثمن مسمى فاشترى بخلاف جنسه او لم يكن مسمى فاشترى
بغير النقود او وكل وكيلا بشرائه فاشترى الثاني وهو غائب ثبت
الملك للوكيل الاول في هذه الوجوه لانه خالف امر الامر فينفذ عليه
ولو اشترى الثاني بحضرة الوكيل الاول نفذ على الموكل الاول لانه حضرة
رايه فلم يكن مخالفا قال وان وكله بشراء عبد بعينه فاشترى
عبدا فهو للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل او يشتريه بمال الموكل
قال رضي الله عنه هذه المسألة على وجوه ان اضاف العقد الى دراهم
الامر كان للامر وهو المراد عندي بقوله او يشتريه بمال الموكل دون
النقد من ماله لان فيه تفصيلا وخلافا وهذا بالاجماع وهو مطلق
وان اضافه الى دراهم نفسه كان لنفسه حملا لحاله على ما يحل له شرعا
او يفعله عادة اذا اشترى لنفسه باضافة العقد الى دراهم غيره مستنكر
شرعا وعرفا اضافه الى دراهم مطلقة فان نواها للامر فهو للامر وان
نواها لنفسه فلنفسه لان له ان يعمل لنفسه ويعمل للامر في هذا التوكيل
وان تكاذبا في النية يحكم النقد بالاجماع لانه دلالة ظاهرة على ما ذكرنا
وان تصادقا على انه لم تحضره النية قال محمد رحمه الله هو للعاقد لان

الاصل ان كل احد يعمل لنفسه الا اذا ثبت جعله لغيره ولم يثبت وعند ابي يوسف يحكم
النقد لان ما اوقعه مطلقا يحتمل الوجهين فيبقى موقوفا فمن اي المالين نقد
فقد فعل ذلك المحتمل لصاحبه ولان مع تصادقهما يحتمل النية للآمر وفيما قلناه
حمل حاله على الصلاح كما في حالة التكاذب والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذا
الوجه قال ومن امر رجلا بشراء عبد بالف فقال قد فعلت ومات عندي
وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر فان كان دفع اليه الالف فالقول
قول المأمور لان في الوجه الاول اخبر عما يملك استيناف وهو الرجوع بالثمن
على الآمر وهو ينكر والقول المنكر وفي الوجه الثاني هو امين يريد الخروج عن
عهدة الامانة فيقبل قوله ولو كان العبد حيا حين اختلفا ان كان الثمن
منقودا فالقول للمأمور لانه امين وان لم يكن منقودا فكذلك عند ابي
يوسف ومحمد رحمهما الله لانه يملك استيناف الشراء فلا يتهم في الاخبار عنه
وعند ابي حنيفة رحمه الله القول للآمر لانه موضع تهمة بان اشتراه لنفسه
فاذا رأى الصفقة خاسرة اقر بها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه
امين فيه فيقبل قوله تبعا لذلك ولا ثمن في يده ههنا وان كان امر بشراء عبد
بعينه ثم اختلفا والعبد حي فالقول للمأمور سواء كان الثمن منقودا او غير
منقود وهذا بالاجماع لانه اخبر عما يملك استيناف ولا تهمة فيه لان الوكيل
بشراء شيء بعينه لا يملك شراءه لنفسه بمثل ذلك الثمن في حال غيبته على ما مر
بخلاف غير المعين على ما ذكرنا لابي حنيفة وان كان العبد هالكا والثمن منقود
فالقول للمأمور وان كان غير منقود فللآمر كما في غير المعين ومن قال لآخر
بعني هذا العبد لفلان فباعه ثم انكر ان يكون فلان امره فان فلانا ياخذه
لان قوله السابق اقرار منه بالوكالة عنه فلا ينفعه الانكار للاحق
فان قال فلان لم آمره لم يكن له لان الاقرار يرتد برده قال
الا ان يسلمه المشتري له فيكون بيعا وعليه العهدة لانه صار مشتريا
بالتعاطي لكن اشترى لغيره بغير امره حتى لزمه ثم سلمه المشتري له وجدت

المسئلة على ان التسليم على وجه البيع يكفي للتعاطي وان لم يوجد نقد الثمن وهو تحقيق في التعيين والتخصيص لاستتمام التراضي
وهو المعتبر في الباب قال ومن امر رجلا بان يشتري له عبدا بن باعيانهما ولم يسميهما فاشترى احدهما جاز لان التوكيل
مطلق وقد لا يتفق الجمع بينهما في البيع الا فيما لا يتغابن الناس فيه لانه توكيل بالشراء وهذا كله بالاجماع ولو امره ان يشتريهما
بالف وقيمتهما سواء فعند ابي حنيفة رحمه الله ان اشترى احدهما بخمسمائة او اقل جاز وان اشترى باكثر
لم يلزم الآمر لانه قابل الالف بهما وقيمتهما سواء فيقسم بينهما نصفين دلالة فكان امرا بشراء كل واحد بخمسمائة
الشراء بها موافقة وباقل منها مخالفة الى خير وبالزيادة الى شر قلت الزيادة او كثرت فلا يجوز الا ان يشتري
بقية الالف قبل ان يختصما استحسانا لان شراء الاول قائم وقد حصل غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بالالف وما
ثبت بالاقتضاء الدلالة والصريح يعمل فيها وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى احدهما باكثر من نصف الالف
مما يتغابن الناس فيه وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله الباقي جاز لان التوكيل مطلق لكنه يتقيد بالمتعارف وهو
فيما قلنا ولكن لا بد ان يبقى من الالف ما يقيه يشتري بمثلها الباقي ليمكنه تحصيل غرض الآمر قال ومن له على آخر الف
فامره ان يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز لان في تعيين المبيع تعيين البائع ولو عين البائع يجوز على ما نذكر وان
امره ان يشتري بها عبدا بغير عينه فاشتراه فمات في يده من قبل ان يقبضه الآمر مات من مال المشتري وان
قبضه الآمر فهو له وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد هو لازم للآمر اذا قبضه المأمور على هذا الا ترى انه
ان يسلم ما عليه او يصرف ما عليه لهما ان الدراهم والدنانير لا تتعينان في المعاوضات دينا كانت او عينا الا ترى انه
لو تبايعا عينا بدين ثم تصادقا ان لا دين لا يبطل العقد فصار الاطلاق والتقييد فيه سواء فيقع التوكيل ويلزم
الآمر لان يد الوكيل كيده ولابي حنيفة رحمه الله انهما تتعين في الوكالات الا ترى انه لو قيد الوكالة بالعين
منهما او بالدين منهما ثم استهلك او سقط الدين بطلت الوكالة واذا تعينت كان هذا تمليك الدين من غير
من عليه الدين من وجه وان يوكله بقبضه وذلك لا يجوز كما اذا اشترى بدين على غير المشتري او يكون امرا
بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال اعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين
البائع لانه يصير وكيلا عنه في القبض ثم يتملكه وبخلاف ما اذا امره بالتصدق لان جعل المال لله تعالى وهو مطلوب
واذا لم يصح التوكيل نفذ الشراء على المأمور فيهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر عنه لانعقاد البيع تعاطيا قال ومن دفع
الى آخر الفا وامره ان يشتري بها جارية فاشتراها فقال الآمر اشتريتها بخمسمائة وقال المأمور اشتريتها بالف
قول المأمور ومراده اذا كانت تساوي الفا لانه امين فيه وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه
ضمانا وهو ينكر وان كانت تساوي خمسمائة فالقول للآمر لانه خالف حيث اشترى جارية تساوي خمسمائة والا فيما
يتناول الفا فيضمن قال فان لم يكن دفع اليه الالف فالقول قول الآمر اما اذا كانت قيمتها خمسمائة فظاهر لانه وان كانت قيمتها الفا

انهما يتحالفان لان الموكل والوكيل في هذا ينزلان منزلة البائع والمشتري وقد وقع الاختلاف في الثمن ومن حيث التحالف
ثم يفسخ العقد الذي جرى بينهما فيلزم المجازية المأمور قال ولو امره ان يشتري لهذا العبد ولم يسم له ثمنا فاشتراه فقال المأمور
اشتريته بخمسمائة وقال الآمر بالف وصدق البائع المأمور فالقول قول المأمور مع يمينه قبل التحالف ههنا لان ارتفاع
الخلاف بتصديق البائع اذ هو حاضر وفي المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف وقبل التحالف كما ذكرنا وقد
ذكر معظم بين التحالف وهو بين المأمور لانه بمنزلة البائع والبائع بعد استيفاء الثمن اجنبي عنهما وقبله اجنبي عن الموكل
اذا لم يجر بينهما عقد فلا يصدق عليه فبقي الخلاف وهذا قول الامام ابي منصور الماتريدي رحمه الله وهو اظهر والله الموفق
فصل في التوكيل بشراء نفس العبد قال واذا قال العبد لرجل اشتر لي نفسي من مولاي بالف ودفعها اليه وقال الرجل للمولى
اشتريته لنفسه فباعه على هذا فهو حر والولاء للمولى لان بيع نفس العبد منه اعتاق وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق بسبب
والمأمور سفير عنه اذ لا يرجع عليه بالحقوق فصار كانه اشترى بنفسه واذا كان اعتاقا اعقب الولاء وان لم
يعين المولى فهو عبد للمشتري لان اللفظ حقيقة للمعاوضة وامكن العمل بها اذا لم يبين فيحمل عليها بخلاف
العبد نفسه لان المجازية متعين واذا كان معاوضة يثبت له والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري الف
مثله ثمنا للعبد فانه في ذمته حيث لم يصح الاداء بخلاف الوكيل بشراء العبد من غيره حيث لا يشترط بيانه
لان العقدين هناك على نمط واحد وفي الحالين المطالبة متوجهة نحو العاقد اما ههنا احدهما اعتاق لعبد
معقب للولاء والمطالبة على الوكيل والمولى عساه لا يرضاه ويرغب في المعاوضة المحضة فلا بد من البيان قال
اشتر لي نفسك من مولاك فقال المولى بعتك نفسي بكذا ففعل فهو للآمر لان العبد يصلح وكيلا عن غيره في شراء
اجنبي عن مالية البيع يرد عليه من حيث انه مال الا ان ماليته في يده حتى لا يملك البائع الحبس بعد البيع فاذا اضاف الى
صلح فيما انتما لا يقع العقد للآمر وان عقد لنفسه فهو حر لانه اعتاق وقد رضي به المولى دون المعاوضة والعبد وان كان
وكيلا بشراء شيء بعينه لكنه اتى بجنس تصرف آخر وفي مثله ينفذ على الوكيل وكذا لو قال بعني نفسي ولم يقل لفلان وهو
المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه فلا بد من البيان لاختلاف التصرفين
فصل في البيع قال الوكيل بالبيع والشراء لا يجوز ان يبيع من ابيه وجده ومن لا يقبل شهادته له عند ابي حنيفة وقالا
يجوز بيعه منهم بمثل القيمة الا من عبده او مكاتبه لان التوكيل مطلق فلا تهمة اذ الاملاك متباينة والمنافع
منقطعة بخلاف العبد لانه بيع من نفسه لان ما في يد العبد للمولى وكذا لو بيع من مكاتب المكاتب وتنقلب حقيقة بالعجز وله
ان مواضع التهمة مستثناة عن الوكالات وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة ولان المنافع بينهم متصلة فصار
بيعا من نفسه من وجه والاجارة والصرف على هذا الخلاف قال الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير والعرض عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه ولا يجوز الا بالدراهم والدنانير لان مطلق الامر يتقيد بالمتعارف

قال لان بتقييده بمواقعها اولى

لان التصرف لدفع الحاجة فيتقيد بمواقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود ولهذا يتقيد التوكيل بشراء اللحم والخبز والاضحية بوقت
الحاجة ولان البيع بنقص تبرع من وجه هبة من وجه وكذا المقايضة من وجه شراء من وجه فلا يتناوله مطلق اسم البيع
لا يملكه الاب والوصي وله رحمه الله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة والبيع بالنقص او بالعين متعارف عند شدة
الحاجة الى الثمن والتبرم من العين والمسائل مبنية على قول ابي حنيفة رحمه الله على ما هو المروي عنه فانه يبيع من كل وجه حتى ان حلف لا يبيع
يحنث بغير اذن الآمر والوصي لا يملكه مع انه بيع لان لا يتهما نظرية ولا تصرفه والمقايضة شراء من كل وجه يبيع من كل وجه حتى ان حلف لا يشتري
منهما قال والوكيل بالشراء يجوز عقده بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس في مثلها ولا يجوز بما لا يتغابن الناس في مثله لان التهمة
فيه متحققة قال [illegible] فلعله اشتراه لنفسه فاذا لم يوافقه الحقه لغيره على ما حكي لو كان وكيلا بشراء شيء بعينه
قالوا ينفذ على الآمر لانه لا يملك شراءه لنفسه وكذا الوكيل بالنكاح اذا زوج امرأة باكثر من مهر مثلها جاز عنده لانه لا يدخل
دلال الموكل في العقد فلا يتمكن هذه التهمة ولا كذلك الوكيل بالشراء لانه يطلق العقد قال والذي لا يتغابن فيه الادخل
تحت تقويم المقومين وقيل في العروض من ذه نيم وفي الحيوانات ده يازده وفي العقار ده دوازده لان التفرق يكثر وجوده
في القسم الاول ويقل في الاخير ويتوسط في الاوسط وكثرة الغبن لقلة التفرق قال واذا وكله ببيع عبد فباع نصفه جاز عند ابي حنيفة
لان اللفظ مطلق عن قيد الافراق والاجتماع الا يرى انه لو باع الكل يتناول النصف يجوز عنده فاذا باع النصف يتناول الباقي وقالا
لا يجوز لانه غير متعارف لما فيه من ضرر الشركة الا ان يبيع النصف الآخر قبل ان يخصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى
الامتثال بان لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى ان يفرق فاذا باع الباقي قبل نقض البيع الاول تبين انه وقع وسيلة الى
بيع ظهر انه لم يقع وسيلة فلا يجوز وهذا استحسان عندهما وان وكله بشراء عبد فاشترى بقيه لزم الموكل لان شراء البعض قد يقع
وسيلة الى الامتثال بان كان مورونا بنزاعه فيحتاج الى شرائه شقصا شقصا فاذا اشترى الباقي قبل رد الآمر تبين انه
وسيلة فينفذ على الآمر وهذا بالاتفاق والفرق لابي حنيفة رضي الله عنه ان في الشراء يتحقق التهمة على ما مر واخراج الآمر من ملكه
ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلا يعتبر فيه التقييد والاطلاق قال وان باع بيعا فاسدا
فباع وقبض الثمن او لم يقبض فرده المشتري عليه بعيب لا يحدث مثله بقضاء القاضي ببينة او باقرار فاسد على الآمر لان القاضي يتيقن بحدوث
العيب في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى هذه الحجة وتاويل اشتراطها في الكتاب ان القاضي يعلم انه لا يحدث مثله في مدة شهر لكنه
البيع فيحتاج الى هذه الحجة لظهور التاريخ او كان عيبا لا يعرفه الا النساء او الاطباء وقولهم وقول الطبيب حجة في توجه الخصومة لان الرد فيقبل
حتى لو كان القاضي عاين البيع والعيب ظاهرا لا يحتاج الى شيء منها وهو رد على الموكل فلا يحتاج الوكيل الى رد وخصومة وكذلك ان رده عليه بعيب
علمه باعتبار عدم ممارسة البيع فيلزم الآمر قال وان كان ذلك باقرار لزم المأمور لان الاقرار حجة قاصرة وهو يدعي مضطر اليه لامكانه السكوت
والنكول الا ان له ان يخاصم الموكل فيلزمه ببينة او بنكوله بخلاف ما اذا كان الرد بغير قضاء والعيب يحدث مثله حيث لا يكون له ان يخاصم
باجمعه لانه يتوجه جديدة في حق ثالث والبائع ثالثهما والرد بالقضاء فتح لعموم ولاية القاضي غير ان الحجة قاصرة وهي الاقرار
من حيث الفتح كان له ان يخاصم ومن حيث القصور لا يلزم الموكل الا بحجة ولو كان العيب لا يحدث مثله والرد

الرد بغير قضاء باقراره يلزم الموكل من غير خصومة في رواية لان الرد متعين وفي عامة
الروايات ليس له ان يخاصم لما ذكرنا والحق في وصف السلامة ثم ينتقل الى الرد ثم الى الرجوع
بالنقصان فلم يتعين الرد وقد بيناه في الكفاية باطول من هذا ومن قال لآخر امرتك
ببيع عبدي بنقد فبعته بنسيئة وقال المأمور بل امرتني ببيعه ولم تقل شيئا فالقول قول
الآمر لان الامر يستفاد من جهته ولا دلالة على الاطلاق قال وان اختلف في ذلك المضارب
ورب المال في المضاربة فالقول قول المضارب لان الاصل في المضاربة العموم الا يرى انه علك
التصرف بذكر لفظة المضاربة فقامت دلالة الاطلاق بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة
في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لانه سقط الاطلاق بتصادقهما فصار
الى الوكالة المحضة ثم مطلق الامر بالبيع ينتظم نقدا ونسيئة الى اي اجل كان عند ابي حنيفة
وعندهما يتقيد باجل متعارف والوجه قد تقدم ومن امر رجلا ببيع عبده فباعه واخذ بالثمن
رهنا فضاع في يده او اخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه لان الوكيل اصيل في الحقوق
وقبض الثمن منها والكفالة توثق به والارتهان وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما بخلاف الوكيل
بقبض الدين لانه يفعل نيابة وقد انابه في قبض الدين دون الكفالة واخذ الرهن والوكيل
بالبيع يقبض اصالة ولهذا لا يملك الموكل حجره عنه فصل واذا وكل وكيلين فليس لاحدهما
ان يتصرف فيما وكلا به دون الآخر وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والخلع وغير
ذلك لان الموكل رضي برأيهما لا برأي احدهما والبدل وان كان مقدرا لكن التقدير لا يمنع
الرأي في الزيادة واختيار المشتري قال الا ان يوكلهما بالخصومة لان الاجتماع فيها متعذر لافتقاره
الى التغيب في مجلس القضاء والرأي يحتاج اليه سابقا لتقويم الخصومة قال وبطلاق
زوجته بغير عوض او بعتق عبده بغير عوض او برد وديعة او قضاء دين عليه لان هذه الاشياء
لا يحتاج فيها الى الرأي بل هو معبر محض وعبارة المثنى والواحد سواء وهذا بخلاف ما اذا قال لهما
طلقاها ان شئتما او قال امرها بايديكما لانه تفويض الى رأيهما الا ترى انه تمليك مقتصر على المجلس
ولانه علق الطلاق بفعلهما فاعتبره بدخولهما قال وليس للوكيل ان يوكل فيما وكل به لانه
فوض اليه التصرف دون التوكيل به وهذا لانه رضي برأيه والناس متفاوتون في الرأي
قال الا ان يأذن له الموكل لوجود الرضا او يقول له اعمل برأيك لاطلاق التفويض الى
رأيه واذا جاز في هذا الوجه يكون الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الاول عزله ولا ينعزل

بموته بخلاف بموت الاول وقد مر نظيره في ادب القاضي قال فان وكل بغير اذن موكله فعقد
وكيله بحضرته جاز لان المقصود رأي الاول وقد حصل وتكلم في حقوقه وان عقد في حال
غيبته لم يجز لفوات رأيه الا ان يبلغه فاجازه وكذا لو باع غير الوكيل فبلغه فاجازه
لانه حضر رأيه ولو قدر الاول الثمن للثاني فعقد بغيبته جاز لان الرأي يحتاج فيه لتقدير
الثمن ظاهرا وقد حصل وهذا بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر الثمن لانه لما فوض اليهما
مع تقدير الثمن ظهر ان غرضه اجتماع رأيهما في الزيادة واختيار المشتري على ما بينا اما اذا لم
يقدر الثمن وفوض الى الاول كان غرضه رأيه في معظم الامر وهو التقدير في الثمن قال
واذا زوج المكاتب او العبد او الذمي ابنته وهي صغيرة حرة مسلمة او باع او اشترى لها
لم يجز معناه التصرف في مالها لان الرق والكفر يقطعان الولاية الا ترى ان المرقوق
لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لانه لا ولاية له على المسلم حتى لا تقبل
شهادته عليه ولان هذه ولاية نظرية فلا بد من التفويض الى القادر المشفق ليتحقق
معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا تفوض اليهما قال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله والمرتد اذا قتل على ردته والحربي كذلك لان الحربي ابعد من الذمي قال وفي
سلب الولاية فاما المرتد فتصرفه في ماله وان كان نافذا عندهما لكنه موقوف على ولده
ومال ولده بالاجماع لانها ولاية نظرية وذلك باتفاق الملة وهي متردة ثم تستقر جهة
الانقطاع ان قتل على الردة فتبطل وبالاسلام يجعل كانه لم يزل كان مسلما فيصح والله الموفق

باب الوكالة بالخصومة والقبض

قال الوكيل بالخصومة والوكيل بالقبض خلافا لزفر رحمه الله
هو يقول رضي بخصومته والقبض غير الخصومة ولم يرض به ولنا ان من ملك شيئا ملك
اتمامه وتمام الخصومة وانتهاؤها بالقبض والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة في
الوكلاء وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال ونظيره الوكيل بالتقاضي يملك القبض
على اصل الرواية لانه في معناه وضعا الا ان العرف بخلافه وهو قاض على الوضع والفتوى على
ان لا يملك قال فان كانا وكيلين بالخصومة لا يقبضان الا معا لانه رضي بامانتهما لا بامانة احدهما
واجتماعهما ممكن بخلاف الخصومة على ما مر قال والوكيل بقبض الدين يكون وكيلا بالخصومة
عند ابي حنيفة رضي الله عنه حتى لو اقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل او ابرائه تقبل

عنده وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عن ابي حنيفة رحمهما الله لان القبض غير الخصومة
وليس كل من يؤتمن على المال يهتدي الى الخصومات فلم يكن الرضا بالقبض رضا بها ولابي حنيفة
انه وكله بالتملك لان الديون تقضى بامثالها اذ قبض الدين نفسه لا يتصور الا انه جعل
استيفاء لعين حقه من وجه فاشبه الوكيل باخذ الشفعة والرجوع في الهبة والوكيل
بالشراء والقسمة والرد بالعيب وهذه اشبه باخذ الشفعة حتى يكون خصما قبل القبض
خصما قبل الاخذ هناك والوكيل بالشرا لا يكون خصما قبل مباشرة الشرا وهذا لان المبادلة
تقتضي حقوقا وهو اصيل فيها فيكون خصما فيها قال والوكيل بقبض العين لا يكون وكيلا
بالخصومة لانه امين محض والقبض ليس بمبادلة فاشبه الرسول حتى ان من وكل وكيلا
بقبض عبد له فاقام الذي هو في يده البينة ان الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر
الغائب وهذا استحسان والقياس ان يدفع الى الوكيل لان البينة قامت لا على خصم
فلم تعتبر وجه الاستحسان انه خصم في قبض يده لقيامه مقام الموكل في القبض فيقبض
يده حتى لو حضر البايع تعاد البينة على البيع وصار كما اذا قام البينة على ان الموكل عزله
عن ذلك فانها تقبل في قبض يده كذا هذا قال وكذلك العتاق والطلاق وغير ذلك
اذا اقامت المراة البينة على الطلاق والعبد او الامة على العتاق على الوكيل بنقلهم تقبل ويقضى
حتى يحضر الغائب استحسانا دون العتق والطلاق قال واذا اقر الوكيل بالخصومة على موكله
عند القاضي جاز اقراره عليه ولا يجوز عند غير القاضي عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
استحسانا الا انه يخرج من الوكالة وقال ابو يوسف يجوز اقراره عليه وان اقر في غير مجلس القضاء
وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز في الوجهين وهو قول ابي يوسف اولا وهو القياس لانه
مامور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضاده لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده
ولهذا لا يملك الصلح والابراء ويصح اذا استثنى الاقرار وكذا الوكيل بالجواب مطلقا يتقيد بجواب
هو خصومة ولهذا يختص فيه الاهدى فالاهدى وجه الاستحسان ان التوكيل صحيح مطلقا وصحته بتناول ما يملكه الموكل
وذلك مطلق الجواب وله احد نوعيه عينا وطريق المجاز موجود على ما نبينه ان شاء الله تعالى فينصرف اليه تحريا للصحة
ولو استثنى الاقرار فعند ابي يوسف رحمه الله انه لا يصح لانه لا يملكه وعند محمد انه يصح لان التنصيص بزيادة دلالة على ملكه الا ترى ان ذلك
يحمل على الاول وعنده انه فصل بين الطالب والمطلوب ولم يصححه في الثاني لكونه مجبورا عليه فيجبر الطالب

وهما يقولان ان التوكيل يتناول جوابا يسمى خصومة حقيقة او مجازا والاقرار في
مجلس القضاء خصومة مجازا اما لانه خرج في مقابلة الخصومة او لانه سبب
له لان الظاهر انه يأتيه بالمستحق وهو الجواب في مجلس القضاء فيختص به لكن
اذا اقيمت البينة على اقراره في غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة حتى لا يؤمر بالدفع
الى المدعي لانه صار منا قضا فصار كالاب او الوصي اذا اقر في مجلس القضاء لا يصح
ولا يدفع المال اليه قال ومن كفل بمال عن رجل فوكله صاحب المال بقبضه من الغريم
لم يكن وكيلا في ذلك ابدا لان الوكيل من يعمل لغيره ولو صححناها صار عاملا
لنفسه في ابراء ذمته فانعدم الركن ولان قبوله ملازم للوكالة لكونه
امينا فلو صححناها لا تقبل لكونه متهما بانه نفسه فينعدم بانعدام لازمه وهو نظير
عبد مديون اعتقه مولاه حتى ضمن قيمته للغرماء ويطالب العبد بجميع الدين
فلو وكله الطالب بقبض المال عن العبد كان باطلا لما بيناه قال ومن ادعى
على القاضي انه وكيل الغائب في قبض دينه فصدقه الغريم امر بقضاء الدين اليه لانه
اقرار على نفسه لان ما يقضيه خالص حقه وان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه
الغريم الدين ثانيا لانه لم يثبت الاستيفاء حيث انكر الوكالة فالقول في ذلك قوله
مع يمينه فيفسد الاداء ويرجع به على الوكيل ان كان باقيا في يده لان القرض من الدين
براءة ذمته ولم يحصل فله ان ينقض قبضه وان كان ضاع في يده لم يرجع عليه لانه
تصرف فيه اعترف له بحق في القبض وهو مظلوم في هذا الاخذ والمظلوم لا يظلم غيره
قال الا ان يكون ضمنه عند الدفع لان الماخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذا
كفالة اضيفت الى حالة القبض فيصح بمنزلة الكفالة باذاب له على فلان ولو كان
الغريم لم يصدقه على الوكالة ودفع اليه على ادعائه فان رجع صاحب المال على الغريم
رجع الغريم على الوكيل لانه لم يصدقه في الوكالة وانما دفع اليه على رجاء الاجازة فاذا
انقطع رجاؤه رجع عليه وكذا اذا دفعه اليه على تكذيبه اياه في الوكالة وهذا اظهر لما

قلنا ودارت المسئلة على وجوه التصديق والتكذيب والسكوت وفي الوجوه كلها ليس له
ان يسترد المدفوع حتى يحضر الغائب لان المؤدى صار حقا للغائب اما ظاهرا او
محتملا فصار كما اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك الاسترداد لاحتمال
الاجازة ولان من باشر التصرف لغرض ليس له ان ينقضه ما لم يقع اليأس عن
غرضه ومن قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالتسليم اليه
لانه اقر له بملك الغير بخلاف الدين ولو ادعى انه مات ابوه وترك الوديعة ميراثا
له لا وارث له غيره وصدقه المودع امر بالدفع اليه لانه لا يبقى ماله بعد موته فقد اتفقا
على انه مال الوارث ولو ادعى على انه اشترى الوديعة من صاحبها وصدقه المودع
لم يؤمر بالدفع اليه لانه ما دام حيا كان اقرارا بملك الغير لانه من اصله فلا يصدقان
في دعوى البيع عليه فان وكل وكيلا بقبض مال فادعى الغريم ان صاحب المال
قد استوفاه فانه يدفع المال اليه لان الوكالة قد ثبتت والاستيفاء لم يثبت
بمجرد دعواه فلا يؤخر الحق قال ويتبع رب المال فيستحلفه رعاية لجانبه
ولا يستحلف الوكيل لانه نائب قال وان وكله بعيب في جارية فادعى البائع
رضا البائع لم يرد عليه حتى يحلف المشتري بخلاف مسئلة الدين لان التدارك
ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطاء عند نكوله وفي الثانية
غير ممكن لان القضاء بالفسخ ماض على الصحة وان ظهر الخطاء عند ابي حنيفة
كما هو مذهبه ولا يستحلف المشتري عنده بعد ذلك لانه لا يفيد فاما عندهما قالوا
يجب ان يتخرج الجواب على هذا في الفصلين ولا يؤخر لان التدارك ممكن عندهما
لبطلان القضاء وقيل الاصح عند ابي يوسف ان يؤخر في الفصلين لانه يعتبر
النظر حتى يستحلف المشتري لو كان حاضرا من غير دعوى البائع فينتظر
للنظر قال وان دفع الى رجل عشرة دراهم لينفقها على اهله فانفق عليهم عشرة
من عنده فالعشرة بالعشرة لان الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء والحكم فيه

ما ذكرناه وقد قررناه فهذا كذلك وقيل هذا استحسان وفي القياس ليس له
فيصير متبرعا وقيل القياس والاستحسان في قضاء الدين لانه ليس بشراء فاما
الانفاق يتضمن الشراء فلا يكون خلافا ب

عزل الوكيل قال وللموكل ان يعزل الوكيل عن الوكالة لان الوكالة حقه فله
ان يبطله الا اذا تعلق به حق الغير بان كان وكيلا بالخصومة بطلب من جهة الطالب لما
فيه من ابطال حق الغير وصار كالوكالة التي تضمنها عقد الرهن قال فان لم يبلغه
العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم لان العزل اضرار به من حيث ابطال
ولايته او من حيث رجوع الحقوق اليه فيتقدم مال الموكل ويسلم المبيع فيضمنه
ويتضرر به ويستوي الوكيل بالنكاح وغيره للوجه الاول وقد ذكرنا للوجه الثاني
اشتراط العلم او العدالة في المخبر فلا نعيده قال وتبطل الوكالة بموت الموكل وجنونه
جنونا مطبقا ولحاقه بدار الحرب مرتدا لان التوكيل تصرف غير لازم فيكون
لدوامه حكم ابتدائه فلا يبقى قيام الامر وقد بطل بهذه العوارض وشرط ان
يكون الجنون مطبقا لان قليله بمنزلة الاغماء وحد المطبق شهر عند ابي يوسف
اعتبارا بما يسقط به الصوم وعنه اكثر من يوم وليلة لانه تسقط به الصلوات الخمس
فصار كالميت وعند محمد حول كامل لانه يسقط به جميع العبادات فقدر به
احتياطا قالوا الحكم المذكور في اللحاق قول ابي حنيفة رحمه الله لان تصرفات
المرتد موقوفة عنده فكذا وكالته وان اسلم نفذ وان قتل او لحق بدار الحرب مرتدا
بطلت الوكالة واما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته الا ان يموت او يقتل
على ردته او يحكم بلحاقه وقد مر اصله في السير قال وان كان الموكل امرأة فارتدت
فالوكيل على وكالته حتى تموت او تلحق بدار الحرب لان ردتها لا تؤثر في عقودها
على ما عرف وقال واذا وكل المكاتب ثم عجز او المأذون له ثم حجر عليه او الشريكان
فافترقا فهذه الوجوه تبطل الوكالة على الوكيل علم او لم يعلم لما ذكرنا ان بقاء الوكالة

يعتقد قيام الامر وقد بطل بالعجز والافتراق ولا فرق بين العلم وعدمه لان هذا
عزل حكمي فلا يتوقف على العلم كالوكيل بالبيع اذا باعه الموكل قال واذا مات
الوكيل او جن جنونا مطبقا بطلت الوكالة لانه لا يصح امره بعد جنونه وموته
وان لحق بدار الحرب مرتدا لم يجز له التصرف الا ان يعود مسلما قال رضي الله عنه هذا عند
محمد رح فاما عند ابي يوسف رح لا تعود الوكالة لمحمد رح ان الوكالة اطلاق لانه رفع المانع
اما الوكيل يتصرف بعاني قابلية به وانما عجز بعارض اللحاق لتباين الدارين فاذا
زال العجز فالاطلاق باق على حاله ولابي يوسف رح انه اثبات ولاية التنفيذ لان
ولاية اصل التصرف باهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فيبطل
الولاية فلا تعود كملكه في ام الولد والمدبر ولو عاد الموكل مسلما وقد لحق بدار الحرب مرتدا
لا تعود الوكالة في الظاهر وعن محمد رح انه تعود كما قال في الوكيل والفرق له على
الظاهر ان مبنى الوكالة في حق الموكل على الملك وقد زال وفي حق الوكيل على
معنى قائم به ولم يزل باللحاق قال ومن وكل آخر بشيء ثم تصرف بنفسه فيما وكل به
بطلت الوكالة وهذا اللفظ ينتظم وجوها مثل ان يوكله باعتاق عبده او بكتابته فاعتقه
او كاتبه الموكل بنفسه او يوكله بتزويج امراة او بشراء شيء ففعله بنفسه او يوكله
بطلاق فطلقها الزوج ثلاثا او واحدة وانقضت عدتها او بالخلع فخالعها بنفسه لانه لما
تصرف بنفسه بعد على الوكيل التصرف فبطلت الوكالة حتى لو تزوجها بنفسه وابانها
لم يكن للوكيل ان يزوجها منه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل
وابانها له ان يزوجها الموكل لبقاء الحاجة وكذا لو وكله ببيع عبده فباعه بنفسه فلو رد عليه
بعيب بقضاء قاض فعن ابي يوسف رح انه ليس للوكيل ان يبيعه لان بيعه بنفسه
منع له عن التصرف فصار كالعزل وقال محمد رح له ان يبيعه مرة اخرى لان الوكالة باقية
لانه اطلاق والعجز قد زال بخلاف ما اذا وكله بالهبة فوهب بنفسه ثم رجع لم يكن للوكيل
ان يهب لانه مختار في الرجوع فكان دليل عدم الحاجة اما الرد بقضاء بغير اختياره

فلم يكن

فلم يكن دليل زوال الحاجة فاذا عاد اليه قديم ملكه كان له ان يبيعه

كتاب الدعوى

قال المدعي من لا يجبر على الخصومة اذا تركها والمدعا عليه من يجبر على الخصومة ومعرفة الفرق بينهما من اهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلف عبارات المشايخ فيه فمنها ما قال في الكتاب وهذا حد عام صحيح وقيل المدعي من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعا عليه من يكون مستحقا بقوله من غير حجة كذي اليد وقيل المدعي من يلتمس غير الظاهر والمدعا عليه من يتمسك بالظاهر وقال محمد رح المدعا عليه هو المنكر وهذا صحيح لكن في الاصل

فان في معرفته والترجيح بالفقه عند الحذاق من اصحابنا رحمهم الله لان الاعتبار للمعاني دون الصور فان المودع اذا قال رددت الوديعة فالقول له مع اليمين وان كان مدعيا للرد صورة لانه ينكر الضمان قال ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيئا معلوما في جنسه وقدره لان فائدة الدعوى الالزام بواسطة اقامة الحجة والالزام في المجهول لا يتحقق فان كان عينا في يد المدعا عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا في الشهادة والاستحلاف لان الاعلام باقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة في المنقول لان النقل ممكن والاشارة ابلغ لا في التعريف ويتعلق بالدعوى وجوب الحضور على هذا القضاة من آخرهم في كل عصر ووجوب الجواب اذا حضر ليفيد حضوره ولزوم احضار العين المدعاة لما قلنا واليمين اذا انكر وسنذكره ان شاء الله تعالى فان لم يكن حاضرة ذكر قيمتها ليصير المدعا معلوما لان العين لا تعرف بالوصف والقيمة تعرف به وقد تعذر مشاهدة العين وقال القفيه ابو الليث رح يشترط مع بيان القيمة ذكر الدلو والاولية قال فان ادعى عقارا حده وذكر انه في يد المدعا عليه وانه يطالبه به لانه تعذر التعريف بالاشارة لتعذر النقل فيصار الى التعريف بالتحديد فان العقار يعرف به ويذكر الحدود الاربعة ويذكر اسماء اصحاب الحدود وانسابهم ولا بد من ذكر الجد

لان تمام التعريف به عند ابي حنيفة على ما عرف من الصحيح ولو كان الرجل مشهورا يكتفي بذكره من
الصحيح فان ذكر ثلاثة من الحدود يكتفي بها عندنا خلافا لزفر له لوجود الاكثر بخلاف ما اذا
غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعا ولا كذلك بترك بها ولا يشترط التحديد في الدعوى يشترط
في الشهادة وقوله في الكتاب وذكر انه في يد المدعا عليه لا بد منه لانه انما ينتصب خصما
اذا كان في يده في العقار لا يكتفي بذكر المدعي وتصديق المدعا عليه انه في يده
بل لا تثبت اليد فيه الا بالبينة او علم القاضي من الصحيح نفيا لتهمة المواضعة اذ العقار
عاه في يد غيره بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة وقوله وانه يطالبه
به لان المطالبة حق فلا بد من طلبه ولانه يحتمل ان يكون مرهونا في يده وبالمطالبة
يزول هذا الاحتمال وعن هذا قالوا في المنقول يجب ان يقول في يده بغير حق
قال وان كان حقا في الذمة ذكر انه يطالبه به لما قلنا وهذا لان صاحب الذمة
قد حضر فلم يبق الا المطالبة لكن لا بد من تعريفه بالوصف لانه يعرف به قال واذا
صحت الدعوى سال المدعا عليه عنها لينكشف وجه الحكم فان اعترف قضى
عليه بها لان الاقرار منه موجب بنفسه فيامره بالخروج عنه وان انكر سال
المدعي البينة لقوله عليه السلام الك بينة فقال لا فقال لك يمينه سال ورتب اليمين على فقد
البينة فلا بد من السوال ليمكنه الاستحلاف قال فان احضرها قضى بها لانتفاء التهمة
عنها وان عجز عن ذلك وطلب يمين خصمه استحلفه عليها لما روينا ولا بد من طلبه
لان اليمين حق الا ترى اضيفت اليه بحرف اللام فلا بد من طلبه

باب اليمين

واذا قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف عند ابي حنيفة معناه حاضرة في المصر وقال ابو يوسف
يستحلف لان اليمين حق بالحديث المعروف فاذا طالبه به يجيبه ولابي حنيفة
ان ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة لما روينا فلا تكون حقا دونه
كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس ومع ابي يوسف رحمهما الله فيما ذكر الخصاف
ومع ابي حنيفة فيما ذكره الطحاوي قال ولا يرد المدعي على الخمس لقوله عليه السلام البينة على

المدعي واليمين على من انكر قسم والقسمة تنافي الشركة وجعل جنس الايمان على المنكرين ودرأ
الجنس شيء وفيه خلاف الشافعي له قال ولا تقبل بينة صاحب اليد في الملك المطلق
بينة الخارج اولى وقال الشافعي يقضى ببينة ذي اليد لاعتضادها باليد فيتقوى
الظهور فصار كالنتاج والنكاح في دعوى الملك مع الاعتاق والاستيلاد والتدبير ولنا
ان بينة الخارج اكثر اثباتا واظهار الان فانه ما اثبته اليد لا تثبته بينة ذي اليد اذ اليد دليل
مطلق الملك بخلاف النتاج لان اليد لا تدل عليه وكذا على الاعتاق والاستيلاد
الثابت بهما قال وان نكل المدعا عليه عن اليمين قضى عليه بالنكول والزمه ما ادعى عليه
وقال الشافعي لا يقضى به بل ترد اليمين على المدعي فاذا حلف يقضى به لان النكول يحتمل
التورع عن اليمين الكاذبة والترفع عن الصادقة واشتباه الحال فلا ينتصب حجة مع
الاحتمال ويمين المدعي دليل الظهور فيصار اليه ولنا ان النكول دل على كونه باذلا
او مقرا اذ لولا ذلك لاقدم على اليمين اقامة للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجح هذا
الجانب ولا يتجه رد اليمين لما قدمنا قال وينبغي للقاضي ان يقول له اني اعرض عليك
اليمين ثلاثا فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه وهذا الانذار لاعلامه بالحكم اذ هو
موضع الخفاء قال واذا كرر العرض عليه ثلث مرات قضى عليه بالنكول وهذا التكرار
الحصاف لزيادة الاحتياط والمبالغة في ابلاء العذر فاما المذهب انه لو قضى بالنكول بعد
العرض مرة جاز لما قدمنا هو الصحيح والاول اولى ثم النكول قد يكون حقيقيا
كقوله لا احلف وقد يكون حكميا بان يسكت وحكمه حكم الاول اذا علم انه لا افقه من طرف
او خرس هو الصحيح قال وان كانت الدعوى نكاحا لم يستحلف المنكر عند ابي حنيفة
ولا يستحلف عنده في النكاح والرجعة والفيء في الايلاء والرق والاستيلاد والنسب
والولاء والحدود واللعان وصورة الاستيلاد ان تقول الجارية انا ام ولد لمولاي هذا
ابني منه وانكر المولى لانه لو ادعى المولى يثبت الاستيلاد باقراره ولا يلتفت الى انكارها
لهما ان النكول اقرار لانه يدل على كونه كاذبا في الانكار على ما قدمناه فكان اقرارا

أو بدلا عن والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة والحدود تندرئ بالشبهات والكفالة في
معنى الحدود ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل لان موجبه لا يبقى اليمين واجبة لحصول المقصود والنكول
باذلا اولى كيلا يصير كاذبا في الانكار والبدل لا يجري في هذه الاشياء وفائدة الاستحلاف
القضاء بالنكول فلا يستحلف الا ان هذا بدل لدفع الخصومة فيملكه المكاتب والعبد المأذون
بمنزلة الضيافة اليسيرة وصحته في الدين بناء على زعم المدعي وهو يقبضه حقا لنفسه
والبدل معناه ههنا ترك المنع واخذ المال بيمين فلا يستحلف السارق فان نكل ضمن ولم
يقطع لان المنوط بفعله شيآن الضمان ويعمل فيه النكول والقطع ولا يثبت به فصار كما
اذا شهد عليها رجل وامرأتان فلا واذا ادعت المرأة طلاقا قبل الدخول استحلف الزوج
فان نكل ضمن نصف المهر في قولهم جميعا لان الاستحلاف يجري في الطلاق عندهم لا
سيما اذا كان المقصود هو المال وكذا في النكاح اذا ادعت هي الصداق ولان النفقة
ذلك دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا في النسب اذا ادعى
حقا كالارث والحجر في اللقيط وامتناع الرجوع في الهبة لان المقصود هذه
الحقوق وانما يستحلف في النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقرار كالاب
والابن في حق الرجل والاب في حق المرأة لان في دعواها الابن تحميل النسب على الغير
والزوج في حقهما قال ومن ادعى قصاصا على غير محدود استحلف بالاجماع ثم
ان نكل عن اليمين فيما دون النفس يلزمه القصاص وان نكل في النفس حبس حتى
يقر او يحلف وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تلزمه الارش فيهما لان النكول
اقرار شبهة عندهما فلا يثبت به القصاص ويجب به المال خصوصا اذا كان امتناع
القصاص لمعنى من جهة من عليه كما اقر بالخطاء والولي يدعي العمد لابي حنيفة ان
الاطراف يسلك بها مسلك الاموال فيجري فيها البدل بخلاف الانفس فانه لو قال
اقطع يدي فقطعه لا يجب الضمان وهذا اعلى البدل الا انه لا يباح لعدم الفائدة وهذا
البدل مفيد لاندفاع الخصومة به فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع فاذا

اسلمنا

اسلمنا القصاص في النفس واليمين حق مستحق يحبس به كما في القسامة قال واذا قال
لي بينة حاضرة فيك لخصمه اعطه كفيلا بنفسك ثلاثة ايام كيلا يغيب نفسه فيضيع حقه
والكفالة بالنفس جائزة عندنا وقد مر من قبل واخذ الكفيل بمجرد الدعوى استحسان
عندنا لان فيه نظرا للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه وهذا لان الحضور مستحق
عليه بمجرد الدعوى حتى يؤدي عليه ويحال بينه وبين اشغاله فصح التكفيل باحضاره
والتقدير بثلاثة ايام مروي عن ابي حنيفة وهو الصحيح ولا فرق في الظاهر بين الخامل
والوجيه والحقير والخطير من المال ثم لا بد من قوله لي بينة حاضرة للتكفيل ومعناه في المصر
حتى لو قال المدعي لا بينة لي او شهودي غيب لا يكفل لعدم الفائدة قال فان فعل والا امره
بملازمته كيلا يذهب حقه الا ان يكون غريبا فيلازم مقدار مجلس القاضي وكذا لا يكفل
الا الى آخر المجلس فالاستثناء منصرف اليهما لان في اخذ الكفيل والملازمة زيادة على ذلك
اضرارا به بمنعه من السفر والضرر في هذا المقدار ظاهر وكيفية الملازمة نذكرها في
كتاب الحجر

فصل في كيفية اليمين والاستحلاف

قال واليمين بالله تعالى دون غيره
لقوله عليه السلام من كان منكم حالفا فليحلف بالله او ليذر وقال من حلف بغير الله فقد اشرك
ويؤكد بذكر اي صفة شاء وهو التغليظ وذلك مثل ان يقول قل بالله الذي لا اله الا هو عالم الغيب
والشهادة الرحمن الرحيم الذي يعلم السر وما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك
هذا المال الذي ادعاه وهو كذا وكذا ولا شيء منه وله ان يزيد في التغليظ على هذا وله ان
ينقص منه الا انه يحتاط كيلا يتكرر عليه اليمين لان الحق يمين واحدة فانه لو قال والله
والرحمن الرحيم كان اتيانا بثلثه وحلف الواو من الاخيرين كان بناء واحدة والقاضي بالخيار
ان شاء غلظ وان شاء لم يغلظ فيقول قل بالله او والله وقيل لا يغلظ على المعروف
بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ في الخطير من المال دون الحقير قال ولا يستحلف
بالطلاق ولا بالعتاق لاروينا وقيل في زماننا اذا الح الخصم ساغ للقاضي ان يحلف
بذلك لقلة المبالاة باليمين بالله وكثرة الاحتياج بسبب الحلف بالطلاق قال ولا يستحلف

اليهودي بالله الذي انزل التورية على موسى والنصراني بالله الذي انزل الانجيل على عيسى لقولهم
لابن صوريا الاعور انشدك بالله الذي انزل التورية على موسى ان حكم الزنا في كتابكم هذا
ولان اليهودي يعتقد نبوة موسى والنصراني يعتقد نبوة عيسى عليهما السلام فيغلظ على
كل واحد منهما بذكر المنزل على نبيه والمجوسي يحلف بالله الذي خلق النار وهكذا ذكر
محمد في الاصل ويروى عن ابي حنيفة في النوادر انه لا يستحلف احد الا بالله
خالصا وذكر الخصاف انه لا يستحلف غير اليهودي والنصراني الا بالله وهو اختيار
بعض مشايخنا رحمهم الله لان في ذكر النار مع اسم الله تعظيمها وما ينبغي ان تعظم بخلاف
الكتابيين لان كتب الله تعالى معظمة والوثني لا يحلف الا بالله لان الكفرة باسرهم يعتقدون
الله تعالى كما نطق به النص وهو قوله تعالى ولئن سألتهم من خلقهم ليقولن الله قال
ولا يحلفون في بيوت عبادهم لان القاضي لا يحضرها بل ممنوع عن ذلك ولا يجب
تغليظ اليمين على المسلم بزمان ولا مكان لان المقصود تعظيم المقسم به وهو حاصل
بدون ذلك وفي ايجاب ذلك حرج على القاضي حيث يكلف حضورها وهو مدفوع
لاسيما اذا لم يتوقف ايفاء المستحق عليه وهو اليمين قال ومن ادعى انه ابتاع عبدا
من هذا بالف فجحد استحلف بالله ما بينكما بيع قائم فيه ولا يستحلف بالله ما بعت لانه قد
يبايع العين ثم يقايل فيه ويستحلف في الغصب ما لك عليه رده ولا يستحلف بالله
ما غصبت لانه قد يغصب ثم يفسخ بالهبة والبيع وفي النكاح بالله ما بينكما نكاح قائم
في الحال لانه قد يطرأ عليه الخلع وفي دعوى الطلاق بالله ما هي بائن منك الساعة
بما ذكرت ولا يستحلف بالله ما طلقها لان النكاح قد يجدد بعد الابانة فيحلف على
الحاصل في هذه الوجوه لانه لو حلف على السبب يتضرر به المدعا عليه وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله اما على قول ابي يوسف رح يحلف في جميع ذلك على السبب الا
اذا عرض بما ذكرنا فحينئذ يحلف على الحاصل وقيل ينظر الى انكار المدعا عليه
ان انكر السبب يحلف عليه وان انكر الحكم يحلف على الحاصل والحاصل هو الاصل

عندهما اذا كان سببا ينتفع الا اذا كان فيه نزول النظر في جانب المدعي فحينئذ يحلف على السبب
بالاجماع وذلك مثل ان تدعي منبوتة نفقة والزوج من لا يراها او ادعى شفعة بالجوار والمشتري
لا يراها لانه لو حلف على الحاصل يصدق في يمينه في معتقده فيفوت النظر في حق
المدعي وان كان سببا لا ينتفع به فالحلف فيه على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا
ادعى العتق على مولاه يحلف بالله ما اعتقه لانه لا ينتفع به ولانه لا يسعى بخلاف الامة
والعبد الكافر لانه يتكرر العتق الرق عليها بالردة والحاق عليه بنقض العهد واللحاق
ولا يتكرر على العبد المسلم قال ومن ورث عبدا فادعاه آخر استحلف على علمه لانه
لا علم له بما صنع المورث فلا يحلف على البتات وان وهب له او اشتراه يحلف على البتات لان
المطلق لليمين موجود اذ الشراء والهبة سبب لثبوت الملك ضمنا فاذا امتنع صار باذلا
قال ومن ادعى على آخر مالا فافتدى يمينه او صالحه منها على عشرة فهو جائز وهو اثر
عن عثمان رضي الله عنه وليس له ان يستحلفه على تلك اليمين ابدا لانه اسقط حقه

باب التحالف

واذا اختلف المتبايعان
في البيع فادعى احدهما ثمنا وادعى البائع اكثر منه او اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري
اكثر منه فاقام احدهما البينة قضي له بها لان في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة اقوى
منها فان اقام كل واحد منهما البينة فبينة المشتري اولى لان البينات للاثبات فلا تعارض في
الزيادة ولو كان الاختلاف في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع اولى في الثمن وبينة المشتري
اولى في المبيع نظرا الى زيادة الاثبات وان لم يكن لكل واحد منهما بينة قيل للمشتري اما ان
ترضى بالثمن الذي ادعاه البائع والا فسخنا البيع وقيل للبائع اما ان تسلم ما ادعاه
المشتري من المبيع والا فسخنا البيع لان المقصود قطع المنازعة وهذا جهة فيه لانه ربما لا
يرضيان بالفسخ فاذا علما به يتراضيان وان لم يتراضيا استحلف الحاكم كل واحد منهما على
دعوى الآخر وهذا التحالف قبل القبض على وفاق القياس لان البائع يدعي زيادة
الثمن والمشتري ينكره والمشتري يدعي وجوب تسليم المبيع بالنقد والبائع ينكره فكل واحد منهما

ينكر فيحلف وأما بعد القبض فيتحالف للقياس لأن المشتري لا يدعي شيئا لأن المبيع سالم
له بقي دعوى البائع في زيادة الدين والمشتري ينكر فيكتفى بحلفه لكنا عرفناه بالنص
وهو قوله عليه السلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا قال ويبدأ
بيمين المشتري وهذا قول محمد رحمه الله وأبي يوسف آخرا وهو رواية عن أبي حنيفة
وهو الصحيح لأن المشتري أشد إنكارا لأنه يطالب بالثمن أولا أو لأنه يتعجل فائدة
النكول وهو إلزام الثمن لو بدئ بيمين البائع يتأخر المطالبة بتسليم المبيع إلى زمان
استيفاء الثمن وكان أبو يوسف يقول أولا يبدأ بيمين البائع لقوله عليه السلام
إذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر وأقل فائدة التقديم
وإن كان بيع عين بعين أو كان ثمنا بثمن بدأ القاضي بأيهما شاء لاستوائهما صفة
اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بألف ولقد باعه بالفين ويحلف المشتري بالله
ما اشتراه بالفين ولقد اشتراه بألف بضم الإثبات إلى النفي توكيدا والأصح الاقتصار
على النفي لأن الإيمان على ذلك وضعت دل عليه حديث القسامة بالله ما قتلتم
ولا علمتم له قاتلا قال فإن حلفا فسخ القاضي البيع بينهما وهذا يدل على أنه لا
ينفسخ بنفس التحالف لأنه لم يثبت ما ادعى كل واحد منهما فيبقى بيع مجهول فيفسخه
القاضي قطعا للمنازعة أو يقال إذا لم يثبت البدل يبقى بيعا بلا بدل وهو فاسد ولا بد
من الفسخ في البيع الفاسد قال وإن نكل أحدهما عن اليمين لزمه دعوى الآخر لأنه
جعل باذلا فلم يبق دعواه معارضا لدعوى الآخر فلزمه القول بثبوته قال وإن
اختلفا في الأجل أو في شرط الخيار أو في استيفاء بعض الثمن فلا تحالف بينهما
لأن هذا اختلاف في غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف في الحط والإبراء
وهذا لأن بانعدامه لا يختل ما به قوام العقد بخلاف الاختلاف في وصف الثمن وجنسه
حيث يكون بمنزلة الاختلاف في القدر في جريان التحالف لأن ذلك يرجع إلى
نفس الثمن فإن الثمن دين وهو يعرف بالوصف ولا كذلك الأجل لأنه ليس بوصف

الثمن ح

بعينها ح

ان يحلف البائع بالله ما باعه بالف ويحلف المشتري بالله ما اشتراه بالفين وقال في الزيادات ح

الا يرى

الا يرى أن الثمن موجود بعد مضيه قال والقول قول من ينكر الخيار والأجل مع يمينه لأنهما
يثبتان بعارض الشرط فالقول لمنكر العوارض قال فإن هلك المبيع ثم اختلفا
لم يتحالفا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والقول قول المشتري وقال محمد رحمه الله يتحالفان
ويفسخ البيع على قيمة الهالك وهو قول الشافعي وعلى هذا إذا خرج المبيع عن ملكه أو صار
بحال لا يقدر على رده بالعيب وهو أن كل واحد منهما يدعي غير العقد الذي يدعيه صاحبه
هلاك السلعة ولأبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن التحالف بعد القبض على خلاف القياس
لما أنه سلم للمشتري ما يدعيه وقد ورد الشرع به في حال قيام السلعة والتحالف فيه
يفضي إلى الفسخ ولا كذلك بعد هلاكها لارتفاع العقد فلم يكن في معناه ولأنه لا يبالى
بالاختلاف في السبب بعد حصول المقصود وإنما يراعى في الفائدة ما يوجبه العقد وفائدة دفع
زيادة الثمن ليسترد من جهاته وهذا إذا كان الثمن دينا فإن كان عينا يتحالفان لأن
المبيع في أحد الجانبين قائم فتتوفر فائدة الفسخ ثم يرد مثل الهالك إن كان مثليا أو قيمته
إن لم يكن له مثل قال وإن هلك أحد العبدين ثم اختلفا في الثمن لم يتحالفا عند أبي حنيفة
إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وفي الجامع الصغير القول قول المشتري مع
يمينه عند أبي حنيفة إلا أن يشاء البائع أن يأخذ الحي ولا شيء له وقال أبو يوسف رحمه الله
يتحالفان في الحي ويفسخ العقد فيهما والقول قول المشتري في قيمة الهالك وقال محمد رحمه الله
يتحالفان عليهما ويرد الحي وقيمة الهالك لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده
فهلاك البعض أولى ولأبي يوسف رحمه الله أن امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره
ولأبي حنيفة رحمه الله أن التحالف على خلاف القياس في حال قيام السلعة وهي اسم لجميع
أجزائها فلا تبقى السلعة لفوات بعضها ولأنه لا يمكن التحالف في القائم إلا على اعتبار
حصته من الثمن ولا بد من القسمة على القيمة وهي تعرف بالحزر والظن فيؤدي إلى
التحالف مع الجهل وذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك أصلا لأنه حينئذ
يكون الثمن كله بمقابلة الحي ويخرج الهالك عن العقد فيتحالفان عند بعض
المشايخ ويصرف الاستثناء عندهم إلى التحالف كما ذكرنا وقالوا المراد من قوله

في الثمن ح

وبآخر ينكره وإنه يفيد دفع زيادة الثمن فيتحالفان كما إذا اختلفا في جنس الثمن بعده ح

الفائدة ح

ان ح

الهالك

في الجامع الصغير يأخذ الحي ولا شيء له معناه لا يأخذ من ثمن الهالك شيئاً أصلاً وقال بعض
المشايخ رحمهم الله يأخذ من ثمن الهالك بقدر ما أقر به المشتري وإنما لا يأخذ الزيادة وعلى
قول مولانا ينصرف الاستثناء إلى يمين المشتري لا إلى التحالف لأنه لما أخذ البائع بقول
المشتري فقد صدقه فلا يحلف المشتري ثم تفسير التحالف على قول محمد ما بيناه في
القائم وإذا حلفا ولم يتفقا على شيء وادعى أحدهما الفسخ أو كلاهما يفسخ العقد بينهما
ويأمر القاضي المشتري برد الباقي وقيمة الهالك واختلفوا في تفسيره على قول أبي
يوسف رح والصحيح أن يحلف المشتري بالله ما اشتريتهما بما يدعيه البائع فإن نكل ثبت
ما ادعاه البائع فإن حلف يحلف البائع بالله ما بعتهما بالثمن الذي يدعيه المشتري فإن
نكل لزمه دعوى المشتري وإن حلف يفسخان العقد في القائم ويسقط حصته من
الثمن ويلزم المشتري حصة الهالك يوم القبض فالقول للبائع وأيهما أقام البينة تقبل
بينته وإن أقاما فبينة البائع أولى وهو قياس ما ذكر في بيوع الأصل اشترى عبدين
وقبضهما ثم رد أحدهما بعيب وهلك الآخر عنده يجب عليه ثمن ما هلك عنده ويسقط عنه
ثمن ما رده وينقسم الثمن على قيمتهما فإن اختلفا في قيمة الهالك فالقول قول البائع لأن
الثمن قد وجب باتفاقهما ثم المشتري يدعي زيادة السقوط وهو يدعي نقصان في قيمة
الهالك والبائع ينكره فالقول للمنكر وإن أقاما البينة فبينة البائع أولى لأنها أكثر إثباتاً ظاهراً
لإثباتها الزيادة في قيمة الهالك وهذا لفقه وهو أن في الأيمان تعتبر الحقيقة لأنها تتوجه
على أحد العاقدين وهما يعرفان على حقيقة الحال فيبني الأمر عليها والبائع منكر حقيقة
وفي البينات يعتبر الظاهر لأن الشاهدين لا يعرفان حقيقة الحال فاعتبر الظاهر في
حقهما والبائع مدعي ظاهراً فلهذا يقبل بينته أيضاً وترجح بالزيادة الظاهرة على ما مر
وهذا يتبين لك معنى ما ذكرناه من قول أبي يوسف رح قال ومن اشترى جارية
وقبضها ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فإنهما يتحالفان ويعود البيع الأول ونحن ما
أثبتنا التحالف فيه بالنص لأنه ورد في البيع المطلق والإقالة فسخ في حق المتعاقدين
وإنما أثبتناه بالقياس لأن المسألة مفروضة قبل القبض والقياس يوافقه

ويعتبر قيمتها في انقسام يوم القبض وإن اختلفا في قيمة الهالك

على ما مر وهذا نقيس الإجارة على البيع قبل القبض والوارث على العاقد والقيمة على العين
فيما إذا استهلكه في يد البائع غير المشتري ولو قبض البائع المبيع بعد الإقالة فلا يحالف
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله خلافاً لمحمد رح لأنه يرى النقض معمولاً بعد القبض أيضاً
قال ومن أسلم عشرة دراهم في كر حنطة ثم تقايلا ثم اختلفا في الثمن فالقول قول
المسلم إليه ولا يعود السلم لأن الإقالة في باب السلم لا تحتمل النقض لأنه إسقاط فلا يعود
السلم بخلاف الإقالة في البيع لأبي حنيفة أن رأس المال لو كان عرضاً ورده بالعيب وهلك
قبل التسليم إلى رب السلم لا يعود ولو كان هلك في يد العين يعود البيع دل على الفرق
بينهما قال وإذا اختلف الزوجان في المهر فادعى الزوج أنه تزوجها بألف وقالت تزوجتني
بالفين فأيهما أقام البينة تقبل بينته لأنه يورد دعواه بالحجة فإن أقاما البينة فالبينة
بينة المرأة لأنها تثبت الزيادة معناه إذا كان مهر مثلها أقل مما ادعته وإن لم تكن
النكاح بينهما تحالفا عند أبي حنيفة رح ولا يفسخ لأن أثر التحالف في انعدام التسمية وأنه لا
لا يخل بصحة النكاح لأن المهر تابع فيه بخلاف البيع لأن عدم التسمية يفسده على ما مر
فيفسخ ولكن يحكم مهر المثل فإن كان مثل ما اعترف به الزوج أو أقل قضى بما قال
الزوج لأن الظاهر شاهد له وإن كان مثل ما ادعته المرأة أو أكثر قضى بما ادعته المرأة
لشهادة الظاهر وإن كان مهر مثلها أكثر مما اعترف به الزوج وأقل مما اعترفت به
المرأة قضى لها بمهر المثل لأنهما لما تحالفا لم يثبت الزيادة على مهر المثل ولا الحط عنه
قال رضي الله عنه ذكر التحالف أولاً ثم التحكيم وهذا قول الكرخي رح لأن مهر المثل
لا اعتبار مع وجود التسمية وسقوط اعتبارها بالتحالف فلهذا يقدم في الوجوه كلها ويبدأ
بيمين الزوج عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعجيلاً لفائدة النكول كما في المشتري
وخرج الرازي بخلافه وقد استقصيناه في النكاح وذكرنا خلاف أبي يوسف رح
فلا نعيده ولو ادعى الزوج على هذا العبد والمرأة تدعيه على هذه الجارية فهي كالمسألة
المتقدمة إلا أن قيمة الجارية إذا كانت مثل مهر المثل يكون لها قيمتها دون عينها

لان ملكها لا يكون الا بالتراضي ولم يوجد فوجبت القيمة قال وان اختلفا في الاجارة
قبل استيفاء المعقود عليه تحالفا وترادا معناه اختلفا في البدل او في المبدل
لان التحالف في البيع قبل القبض على وفاق القياس على ما مر والاجارة قبل
قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع وكلامنا قبل استيفاء المنفعة فان وقع
الاختلاف في الاجرة بدئ بيمين المستاجر لانه منكر لوجوب الاجرة فان وقع في
المنفعة بدئ بيمين المؤاجر ايهما نكل لزمه دعوى صاحبه وايهما اقام البينة قبلت
ولو اقاماها فبينة المؤاجر اولى ان كان الاختلاف في الاجرة وان كان في المنافع
فبينة المستاجر وان كان فيهما قبلت بينة كل واحد فيما يدعيه من الفضل
نحو ان يدعي هذا شهرا بعشرة والمستاجر شهرين بخمسة يقضى بشهرين
بعشرة قال وان اختلفا بعد الاستيفاء لم يتحالفا وكان القول قول
المستاجر وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله ظاهر لان هلاك المعقود
عليه يمنع التحالف عندهما وكذا على اصل محمد رحمه الله لان الهلاك انما لا يمنع
التحالف عنده في المبيع لما ان له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها وكذا جرى التحالف
ههنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وتبين
انه لا عقد واذا امتنع فالقول للمستاجر مع يمينه لانه هو المستحق عليه وان
اختلفا بعد استيفاء بعض المعقود عليه تحالفا وفسخ العقد فيما بقي وكان
القول في الماضي قول المستاجر لان العقد ينعقد ساعة فساعة
فيصير في كل جزء من المنفعة كانه ابتداء عقد عليها بخلاف البيع لان
العقد فيه دفعة واحدة فاذا تعذر في البعض تعذر في الكل قال واذا
اختلف المولى والمكاتب في مال الكتابة لم يتحالفا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
يتحالفان ويفسخ الكتابة وهو قول الشافعي رحمه الله لانه عقد معاوضة فيفسخ
بقبل الفسخ فاشبه البيع والجامع ان المولى يدعي بدلا زائدا ينكره العبد
والعبد يدعي استحقاق العتق عليه عند اداء القدر الذي يدعيه والمولى ينكره

يتكرر فيتحالفان كما اذا اختلفا في الثمن ولابي حنيفة رحمه الله ان البدل مقابل بالعتق
الجزء في حق اليد والتصرف الحال وهو سالم للعبد وانما ينقلب مقابلا بالعتق عند الاداء
فقبله لا مقابلة فبقي اختلافا في قدر البدل لا غير فلا يتحالفان قال واذا
اختلف الزوجان في متاع البيت فما يصلح للرجال فهو للرجال لان
الظاهر شاهد له وما يصلح للنساء فهو للمراة كالوقاية لشهادة الظاهر لها وما يصلح
لهما كالآنية فهو للرجل لان المراة وما في يدها تبع للزوج والقول في الدعاوى
لصاحب اليد بخلاف ما يختص بها لانه يعارضه ظاهر اقوى منه ولا فرق بين ما
وقع الاختلاف في حال قيام النكاح او بعد وقوع الفرقة فان مات احدهما واختلفت
ورثته مع الآخر فما يصلح للرجال والنساء فهو للباقي منهما لان اليد للحي حقوق
الميت وهذا الذي ذكرناه قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله يدفع
الى المراة ما تجهز به مثلها والباقي للزوج مع يمينه لان الظاهر لمتاع المراة تاثير في الجهاز
وهذا اقوى فيبطل به ظاهر الزوج ثم في الباقي لا معارض لظاهره فيعتبر والطلاق
والموت سواء لقيام الورثة مقام مورثهم وقال محمد رحمه الله ما كان للرجال فهو
للرجل وما كان للنساء فهو للمراة وما يكون لهما فهو للرجل او لورثته لما قلنا لابي
حنيفة رحمه الله والطلاق والموت سواء لقيام الوارث مقام المورث وان كان احدهما
مملوكا فالمتاع للحر في حالة الحياة لان يد الحر اقوى والحي بعد الممات انه لا يد للميت
فخلت يد الحي عن المعارض وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا العبد الماذون له
في التجارة والمكاتب بمنزلة الحر لان لهما يدا معتبرة في الخصومات **فصل**
من لا يكون خصما وان قال المدعى عليه هذا الشيء اودعنيه فلان
الغائب او رهنه عندي او غصبته واقام بينة على ذلك فلا خصومة
بينه وبين المدعي وكذا اذا قال اجرنيه واقام البينة لانه اثبت بينته
يده ليست بيد الخصومة وقال ابن شبرمة لا تندفع لانه تعذر اثبات الملك للغائب
لعدم الخصم ودفع الخصومة بناء عليه قلنا مقتضى البينة ثبوت الملك

للغائب ولا خصم فيه فلم يثبت دفع خصومة المدعي وهو خصم فيه فيثبت وهو
كالوكيل بنقل المرأة واقامتها البينة على الطلاق كما بينا من قبل ولا تندفع
بدون اقامة البينة كما قال الزاهد لبلي لانه صار خصما بظاهر يده فهو بما قرر يريد
ان يحول حقا مستحقا على نفسه فلا يصدق الا بالحجة كما اذا ادعى تحول
الدين من ذمته الى ذمة غيره وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل صالحا
فالجواب كما قلنا وان كان معروفا بالحيل لا تندفع عنه الخصومة لان المحتال
من الناس قد يدفع ماله الى مستامن فيودعه اياه ويشهد عليه الشهود فيحتال
لابطال حق غيره فاذا اتهم القاضي به لا يقبله ولو قال الشهود اودعه رجل
لا نعرفه لا تندفع الخصومة لاحتمال ان يكون المودع هو هذا المدعي وانه ما
احاله الى معين ليكون للمدعي اتباعه فلو انه رفعت لتضرر به المدعي ولو قالوا
نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه فكذا الجواب عند محمد رحمه الله الوجه
الثاني وعند ابي حنيفة رحمه الله تندفع لانه اثبت بينته ان العين وصل اليه
من جهة غيره حيث عرفه الشهود بوجهه بخلاف الفصل الاول فلم يكن يده يد
خصومة وهو المقصود والمدعي هو الذي اضر بنفسه حيث نسي خصمه او اخره
شهوده وهذه المسألة مختصة كتاب الدعوى وذكرنا الاقوال الخمسة قال
وان قال ابتعته من الغائب فهو خصم لانه لما زعم ان يده يد ملك اعترف لكونه خصما
وان قال المدعي غصبته مني او سرقته مني لا تندفع الخصومة وان اقام ذو اليد
البينة على الوديعة لانه لما صار خصما بدعوى الفعل عليه لا بيده بخلاف دعوى
الملك المطلق لانه خصم فيه باعتبار يده حتى لا يصح دعواه على غير ذي اليد
ويصح دعوى الفعل وان قال المدعي سرق مني وقال صاحب اليد اودعنيه فلان
واقام البينة لم تندفع الخصومة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله عليهما
وهو استحسان وقال محمد تندفع لانه لم يدع الفعل عليه فصار كما اذا غصب مني
على ما لم يسم فاعله ولهما ان ذكر الفعل يستدعي الفاعل لا محالة والظاهر هو الذي

بايه الا انه لم يعينه دفعا للحرج شفقة عليه واقامة لحسبة الستر فصار كما اذا
قال سرقت بخلاف الغصب لانه لا هتك فيه فلا يحترز من كشفه وان قال المدعي
ابتعته من فلان وقال صاحب اليد اودعنيه فلان ذكر سقطت الخصومة بغير
بينة لانهما توافقا على ان اصل الملك فيه لغيره فيكون وصوله الى يد ذي اليد
من جهته فلم يكن يده يد خصومة الا ان يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه لانه اثبت
بينته كونه احق بامساكه

باب

ما يدعيه الرجلان

واذا ادعى اثنان عينا في يد آخر كل واحد منهما يزعم انها له
واقاما البينة قضي بها بينهما وقال الشافعي رحمه الله في قول تهاترتا وفي قول يقرع بينهما
لان احدى البينتين كاذبة بيقين لاستحالة اجتماع الملكين في الكل في حالة واحدة وفي
تعذر التعيين فيتهاترتا او يصار الى القرعة لانه عليه السلام اقرع فيه وقال اللهم انت الحكم
بينهما ولنا حديث تميم بن طرفة ان رجلين اختصما الى رسول الله عليه السلام في ناقة واقاما
كل واحد منهما البينة فقضى بها بينهما نصفين وحديث القرعة كان في الابتداء ثم نسخ و
لان المطلق للشهادة في حق كل واحد منهما محتمل الوجود بان يعتمد احدهما سبب الملك
والآخر اليد فصحت الشهادتان فيجب العمل بهما وقد امكن التنصيف اذا لمحل يقبله واما
ينصف لاستوائهما في سبب الاستحقاق قال فان ادعى كل واحد منهما نكاح امرأة
واقاما بينة لم يقض بواحدة من البينتين لتعذر العمل بهما لان المحل لا يقبل الاشتراك
قال ويرجع الى تصديق المرأة لاحدهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين وهذا
اذا لم يؤرخ البينتان فاما اذا وقتتا الاول اولى ولو لم تؤرخ لاحدهما قبل اقامة البينة
فهي امرأته لتصادقهما فان اقام الآخر البينة قضي بها لان البينة اقوى من الاقرار ولو
تفرد احدهما بالدعوى والمرأة تجحد فاقام البينة وقضى بها القاضي ثم ادعى آخر
فاقام البينة على مثل ذلك لا يحكم بها لان القضاء الاول قد صح فلا ينقض بما هو مثله بل
موقوفة الا ان يؤقت شهود الثاني سابقا لانه ظهر الخطأ في الاول بيقين وكذا اذا كانت
المرأة في يد الزوج ونكاحه ظاهر لا يقبل بينة الخارج الا على وجه السبق قال واذا ادعى

اثنان كل واحد منهما انه اشتراه من هذا العبد بعينه من صاحب اليد واقام بينة
فكل واحد منهما بالخيار ان شاء اخذ نصف العبد بنصف الثمن وان شاء ترك لانه
تغير عليه شرط عقده فلعل رغبته في ملك الكل تفرد ويأخذ كل الثمن وان قضى
القاضي به بينهما فقال احدهما لا اختار لم يكن لاحدهما ان يأخذ جميعه لانه صار
مقضيا عليه في النصف فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لولا بينة
صاحبه بخلاف ما لو قال ذلك قبل تخيير القاضي حيث يكون له ان يأخذ الجميع
لانه يدعي الكل ولم يفسخ سببه ولو ذكر كل واحد منهما تاريخا فهو للاول منهما
لانه اثبت الشراء في زمان لا ينازعه فيه آخر فاندفع الآخر به ولو وقتت
احديهما دون الاخرى فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل
الآخر ان يكون قبله او بعده فلا يقضى له بالشك وان لم يذكرا تاريخا ومع
احدهما قبض فهو اولى ومعناه انه في يده لانه تمكنه من قبضه يدل على سبق شرائه
فلانهما استويا في الاثبات فلا ينقض اليد الثابتة بالشك وكذا لو ذكر الآخر
وقتا لما بينا الا ان يشهدوا ان شراءه كان قبل شراء صاحب اليد لان الصريح يفوق
الدلالة قال وان ادعى احدهما شراء والآخر هبة وقبضا معناه من واحد
واقاما بينة ولا تاريخ معهما فالشراء اولى لان الشراء اقوى لكونه معاوضة
من الجانبين ولانه يثبت الملك بنفسه والملك في الهبة يتوقف على القبض وكذا الشراء
والصدقة مع القبض لما بينا والهبة والقبض والصدقة سواء حتى يقضى بينهما
لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح بالاقدم لانه يرجع الى الماضي والترجيح بمعنى
قائم في الحال وهذا فيما لا يحتمل القسمة صحيح وكذا فيما يحتملها عند البعض لان
الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح لانه بتنفيذ الهبة في الشائع قال واذا
ادعى احدهما الشراء وادعت امرأة انه تزوجها عليه فهما سواء لاستوائهما في
القوة فان كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه وهذا عند ابي يوسف
رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء اولى ولها على الزوج القيمة لانه آكد من العمل

بالبينتين بتقديم الشراء اذا تزوج على عين مملوك للغير صحيح ويجب القيمة
عند تعذر تسليمه ولئن ادعى احدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا واقاما
بينة فالرهن اولى وهذا استحسان وفي القياس الهبة اولى لانها تثبت الملك والرهن
لا يثبته الا عند الهلاك وجه الاستحسان ان المقبوض بحكم الرهن مضمون
وحكم الهبة غير مضمون وعقد الضمان اقوى بخلاف الهبة بشرط العوض
لانه بيع انتهاء والبيع اولى من الرهن لانه عقد ضمان يثبت الملك صورة ومعنى
والرهن لا يثبت الا عند الهلاك معنى لا صورة فان اقام الخارج البينة
على الملك والتاريخ فصاحب التاريخ الاقدم اولى لانه اثبت انه اول المالكين
فلا يتلقى الملك الا من جهته ولم يتلق الآخر منه قال وان ادعيا الشراء
من واحد معناه من غير صاحب اليد واقاما البينة على تاريخين فالاول اولى
لما بينا انه اثبته في وقت لا منازع له فيه وان اقام كل واحد منهما البينة
على الشراء من آخر وذكرا تاريخا فهما سواء لانهما يثبتان الملك لبائعهما
فيصير كأنهما حضرا ثم يجبر كل واحد منهما كما ذكرنا من قبل ولو وقتت احدى
البينتين وقتا ولم يوقت الاخرى قضي بينهما نصفين لان توقيت احدهما
لا يدل على تقدم الملك لجواز ان يكون الآخر اقدم بخلاف ما اذا كان البائع
واحدا لانهما اتفقا على ان الملك لا يتلقى من جهته فاذا اثبت احدهما تاريخا
يحكم به حتى يتبين انه تقدمه شراء غيره قال ولو ادعى احدهما الشراء
من رجل والآخر الهبة والقبض من غيره والثالث الميراث من ابيه والرابع
الصدقة والقبض من آخر قضي بينهم ارباعا لانهم يتلقون الملك من بائعهم
فيجعل كأنهم حضروا واقاموا البينة على ملك المطلق قال وان
اقام الخارج البينة على ملك مورخ وصاحب اليد بينة على ملك اقدم تاريخا
كان اولى وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وهو رواية عن محمد رحمهم الله وعنه
انه لا تقبل بينة ذي اليد لجمع اليه لان البينتين قامتا على مطلق الملك

ولم تتعرض الجهة الملك فكان التقدم والتأخر سواء ولهما أن البينة مع التاريخ مثبتة
معنى الدفع فإن الملك إذا ثبت لشخص في وقت فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقي
من جهته وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة وعلى هذا الخلاف لو كان الدار في أيديهما
والمعنى ما بينا ولو أقام الخارج وذو اليد البينة على ملك مطلق ووقت أحدهما
دون الأخرى فعلى قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله الخارج أولى وقال أبو يوسف رحمه الله
وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله صاحب الوقت أولى لأنه أقدم تاريخا وصار كما
في دعوى الشراء إذا أرخت إحداهما كان صاحب التاريخ أولى ولهما أن بينة ذي اليد
إنما تقبل لتضمنها معنى الدفع ولا دفع ههنا حيث وقع الشك في التلقي من جهته وعلى
هذا إذا كانت الدار في أيديهما ولو كانت في يد ثالث والمسألة بحالها فهما سواء عند أبي
حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف الذي وقته أولى وقال محمد رحمه الله الذي أطلق أولى لأنه
دعوى أولية بدليل استحقاق الزوائد ورجوع الباعة بعضهم على بعض ولأبي
يوسف رحمه الله أن التاريخ يوجب الملك في ذلك الوقت يقينا والإطلاق يحتمل غيره
والأولية والترجيح بالتيقن ولأبي حنيفة أن التاريخ يضاف احتمال عدم التقدم
فسقط اعتباره فصار كما لو أقاما البينة على ملك مطلق بخلاف الشراء لأنه أمر
حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات وقد ترجح جانب صاحب التاريخ ولو أقام الخارج
وصاحب اليد كل واحد منهما بينة بالنتاج فصاحب اليد أولى لأن البينة قامت على
ما يده عليه اليد فاستوتا وترجحت بينة ذي اليد باليد فيقضى له وهذا هو الصحيح
خلافا لما يقوله عيسى بن أبان رحمه الله أنه تتهاتر البينتان ويترك في يده لا على طريق
القضاء ولو تلقى كل واحد منهما الملك من رجل وأقام البينة على النتاج عنده فهو
بمنزلة إقامتها على النتاج في يد نفسه ولو أقام أحدهما البينة على الملك فلا يثبت
للآخر إلا بالتلقي من جهته ولذا إذا كان الدعوى من جانبين فبينة النتاج أولى لما ذكرنا
ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له إلا أن يعيد
ذو اليد لأن الثالث لم يصر مقضيا عليه بتلك القضية ولذا المقضي عليه بالملك
المطلق

المطلق إذا أقام البينة على النتاج تقبل وينقهر المقضي له بمنزلة النص قال وكذلك
النسج في الثياب التي لا تنسج إلا مرة كغزل القطن وكذلك سبب الملك لا يتكرر لأنه في معنى
النتاج كحلب اللبن وقطع الجبن والبيد والمرجز وجز الصوف ولو كان يتكرر قضي به
للخارج بمنزلة الملك المطلق وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب
يرجع إلى فإن أشكل قضي به للخارج لأن القضاء ببينته صار الأصل والعدول عن خبر النتاج فإذا
أهل الخبرة لأنهم أعرف لم يعلم يرجع إلى الأصل وإن أقام الخارج البينة على الملك وصاحب اليد البينة
فإن أشكل على الشراء حيث كان صاحب اليد أولى لأن الأول لو كان أولى لبينة الملك فهذا تلقي منه وفي هذا
لا تتهاتر في قصار كما إذا أقر بالملك له ثم ادعى الشراء منه وإن أقام كل واحد منهما
البينة على الشراء من الآخر ولا تاريخ معها تهاترت البينتان وترك الدار في يد ذي اليد
قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله تقضى بالبينتين
ويكون للخارج لأن العلم بهما ممكن فيجعل كأنه اشتراه من ذي اليد من الآخر وقبض ثم باع
لأن القبض دلالة السبق على ما مر ولا ينعكس الأمر لأن البيع قبل القبض لا يجوز ولئن
كان في العقار عنده ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منهما بملك البائع فصار كأنهما
قاما على إقرار فيه التهاتر بالإجماع كذا هنا ولأن السبب يراد لحكمه وهو الملك
ولا يمكن القضاء لذي اليد بالملك مستحق فبقي القضاء له بمجرد السبب وإنه لا يفيده ثم لو
شهدت البينتان على نقد الثمن فالاختلاف عند ما إذا استويا لوجود
قبض مضمون من كل جانب ولو لم يشهدوا على نقد الثمن فالقصاص مذهب محمد رحمه الله
الوجود عنده ولو شهد الفريقان بالبيع والقبض تهاترت بالإجماع لأن الجمع غير ممكن
عند محمد رحمه الله لجواز كل واحد من البيعين بخلاف الأول ولو وقت البينتان في العقار
ولم تبينا قبضا ووقت الخارج أسبق يقضى لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى
أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله
يقضى للخارج لأنه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وإن بينتا قبضا يقضى لصاحب
اليد لأن البيعين جائزان على القولين ولو كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى للخارج

في الوجهين يجعل كأنه اشتراه ذو اليد وقبضه ثم باع ولم يسلم وسلم ثم وصل اليه بسبب آخر
قال ولو اقام احد المدعيين شاهدين والآخر اربعة فهما سواء لان شهادة كل شاهدين علة
تامة كما في حالة الانفراد والترجيح لا يقع بكثرة العلل بل يقف فيها على ما عرف قال واذا
كانت دار في يد رجل ادعاها اثنان احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما البينة فلصاحب
الجميع ثلاثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة رحمه الله اعتبارا بطريق المنازعة
فان صاحب النصف لا ينازع الآخر في النصف فيسلم له واستوت منازعتهما في النصف للآخر
فيقتسمانه وقالا بينهما اثلاثا فاعتبرا طريق العول والمضاربة فصاحب الجميع يضرب
بكل حقه سهمين وصاحب النصف بسهم واحد فيقسم اثلاثا ولهذه المسئلة نظائر واصولنا
لا يحتملها هذا المختصر وقد ذكرناه في الزيادات قال ولو كانت في ايديهما سلم لصاحب
الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء لانه خارج في النصف فيقضى
ببينته والنصف الذي في يده لا يدعيه صاحبه لان مدعاه النصف وهو في يده سالم له
ولو لم ينصرف الى دعواه كان ظالما بامساكه ولا قضاء بدون الدعوى فيترك في يده قال
واذا تنازعا في دابة اقام كل واحد منهما بينة انها نتجت عنده وذكرا تاريخا وسن الدابة
يوافق احد التاريخين فهو اولى لان الحال تشهد له فيترجح ولو اتفقا في ذلك كانت بينهما لانه
سقط التوقيت وصار كانهما لم يذكرا تاريخا ولو خالف سن الدابة الوقتين بطلت
البينتان كذا ذكر الحاكم رحمه الله لانه ظهر كذب الفريقين فيترك في يد من كان في يده قال
واذا كان عبد في يد رجل اقام رجلان عليه البينة احدهما يغصب والآخر بوديعة فهو
بينهما لاستوائهما **فصل في التنازع بالدابة** واذا تنازعا في دابة احدهما
راكبها والآخر متعلق بلجامها فالراكب اولى خلافا لزفر اذا كان الراكب حيث يكون بينهما
لاستوائهما في التصرف وكذا اذا تنازعا في بعير وعليه حمل احدهما فصاحب الحمل اولى
لانه هو المتصرف واذا تنازعا في قميص احدهما لابسه والآخر متعلق بكمه فاللابس اولى
لانه اظهرهما تصرفا ولو تنازعا في بساط احدهما جالس عليه والآخر متعلق به فهو
بينهما معناه لا على طريق القضاء لان القعود ليس بيد عليه فاستويا قال واذا

لان تصرفه اظهر فانه يختص بالملك وكذا اذا كان احدهما راكبا في السرج والآخر رديفه فالراكب اولى

وجد في يد رجل وطرف منه في يد آخر فهو بينهما نصفان لان الزيادة من جنس الحجة
فلا توجب مزية في الاستحقاق قال واذا كان الصبي في يد رجل وهو يعبر عن نفسه
فقال انا حر فالقول قوله لانه في يد نفسه ولو قال انا عبد لفلان فهو عبد
للذي هو في يده لانه لا يد له على نفسه حيث اقر بالرق ولو كان لا يعبر عن نفسه
فهو عبد للذي في يده لانه لا يد له على نفسه لما كان لا يعبر عنها وهو بمنزلة متاع
بخلاف ما اذا كان يعبر ولو كبر وادعى الحرية لا يكون القول قوله لانه ظهر الرق
عليه في حال صغره قال واذا كان الحائط لرجل عليه جذوع او متصل ببنائه
وآخر مرادي فهو لصاحب الجذوع والاتصال والمرادي ليس بشيء لان صاحب
الجذوع صاحب استعلاء والآخر صاحب تعلق فصار كدابة تنازعا فيها واحدهما
عليها حمل والآخر كوز معلق والمراد بالاتصال مداخلة لبن جداره فيه ولبن
هذا في جداره وقد يسمى اتصال تربيع وهذا اشارة ظاهرة لصاحبه لان بعض
بنائه على بعض بابه هذا الحائط وقول المرادي ليس بشيء يدل على انه لا اعتبار للوضع
للمرادي اصلا وكذا البواري لان الحائط لا يبنى لها اصلا حتى لو تنازعا
في حائط واحدهما مرادي وليس للآخر عليه شيء فهو بينهما ولو كان لكل واحد
منهما عليه جذوع ثلثة فهو بينهما لاستوائهما ولا معتبر بالاكثر منها بعد الثلاثة
ولو كان جذوع احدهما اقل من ثلاثة فهو لصاحب الثلاثة والآخر موضع جذعه
في رواية وفي رواية لكل واحد منهما ما تحت خشبته ثم قيل ما بين الخشب بينهما
وقيل على قدر خشبتهما والقياس ان يكون بينهما نصفين لانه لا معتبر بالكثرة
في نفس الحجة ووجه الثاني ان الاستعلاء من كل واحد بقدر خشبته ووجه الاول ان
الحائط يبنى لوضع كثير الجذوع دون الواحد والمثنى فكان الظاهر شاهدا
لصاحب الكثير الا انه يبقى له حق الوضع لان الظاهر ليس بحجة في استحقاق
يده ولو كان لاحدهما جذوع وللآخر اتصال فالاول اولى ويروى الثاني اولى
لان لصاحب الجذوع التصرف ولصاحب الاتصال اليد والتصرف اقوى وجه

الثاني لو كان يطين باتصال بصير ان كبناء واحد ومن ضرورة القضاء له ببعضه
القضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما قلنا وهذه رواية الطحاوي وصححها
الجرجاني رحمه الله قال واذا كانت دار منها في يد رجل عشرة أبيات وفي يد الآخر بيت
فالساحة بينهما نصفان لاستوائهما في استعمالها وهو المرور فيها قال واذا ادعى
الرجلان ارضا يعني يدعي كل واحد منهما انها في يده لم يقض انها في يد واحد منهما
حتى يقيما البينة انها في ايديهما لان اليد فيها غير مشاهد لتعذر احضارها
وما غاب عن علم القاضي فالبينة تثبته وان اقام احدهما البينة جعلت في يده
لقيام الحجة لان اليد حق مقصود وان اقاما البينة جعلت في ايديهما لما بينا
فلا تستحق احدهما من غير حجة وان كان احدهما قد لبن في الارض او بنى او
حفر فهي في يديه لوجود التصرف والاستعمال فيها والله اعلم بالصواب

باب دعوى النسب

واذا باع جارية فجاءت بولد فادعاه البائع فان جاءت به لاقل من ستة اشهر
من يوم باع فهو ابن للبائع وامه ام ولد له وتنفسخ البيع ويرد الثمن في
القياس وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله دعوته باطلة لان البيع اعتراف
بانه عبده فكان في دعواه مناقضا ولا نسب بدون الدعوى وجه الاستحسان
ان اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه لان الظاهر عدم الزنا
ومبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض واذا صحت الدعوة استندت
الى وقت العلوق فتبين انه باع ام ولد فينفسخ البيع لان بيع ام الولد
لا يجوز ويرد الثمن لانه قبضه بغير حق وان ادعاه المشتري مع دعوة البائع
او بعدها فدعوة البائع اولى لانها اسبق لاستيلادها الى وقت العلوق
وهذه دعوة استيلاد وان جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع لم تصح
دعوة البائع لانه لم يوجد اتصال العلوق بملكه يقينا وهو الشاهد والحجة
الا اذا صدقه المشتري فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح ولا يبطل

ولا يبطل البيع لانا تيقنا ان العلوق لم يكن في ملكه فلا يثبت حقيقة العتق واحتمل
وهذه دعوة تحرير وغير المالك ليس من اهله وان جاءت به لاكثر من وقت البيع
ولاقل من سنتين لم تقبل دعوة البائع فيه الا ان يصدقه المشتري لانه احتمل
ان لا يكون العلوق في ملكه فلم توجد الحجة فلا بد من تصديقه واذا صدقه يثبت
النسب ويبطل البيع والولد حر والام ام ولد كما في المسألة الاولى لتصادقهما
واحتمال العلوق في ملكه فان مات الولد فادعاه البائع وقد جاءت به لاقل من
ستة اشهر لم يثبت الاستيلاد في الام لانها بعد الولد ولم يثبت نسبه بعد الموت
لعدم حاجته الى ذلك فلا يثبت استيلاد الام وان ماتت الام فادعاه البائع
وقد جاءت به لاقل من ستة اشهر ثبت النسب في الولد واخذه البائع لان الولد
هو الاصل في النسب فلا يضره فوات التبع وانما كان الولد اصلا لانها تضاف
اليه يقال ام الولد وتستفيد الحرية من جهته لقوله عليه السلام اعتقها ولدها
والثابت لها حق الحرية وله حقيقتها والاذن بالبيع الاحلى ويرد الثمن كله
وهذا القول لم يحكه محمد في نوادرها وبطلانها والوكالة في حقيقة الباب هذه الاحكام
في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام لانه تبين انه
باع ام ولده وما لينها غير متقومة عنده في العقد والغصب فلا يضمنها
المشتري وعندهما متقومة فيضمنها قال وفي الجامع الصغير فاذا جاءت
الجارية في ملك رجل فباعها فولدت في يد المشتري فادعى البائع الولد وقد اعتق
المشتري الام فهو ابنه يرد عليه حصته من الثمن ولو كان المشتري انما اعتق الولد
فدعواه باطلة ووجه الفرق لقول الاصل في هذا الباب الولد والام تابعة له على ما بينا
وفي الوجه الاول قام المانع من الدعوة وهو الاستيلاد وهو العتق بالتبع وهو
الام فلا يمنع ثبوته في الاصل وهو الولد وليس من ضرورته كما في ولد المغرور
فانه حر وامه امة لمولاها وكما في المستولدة بالنكاح وفي الفصل الثاني قام
المانع بالاصل وهو الولد فيمنع ثبوته فيه وفي التبع واما كان الاعتاق نعالة
لانه لا يحتمل النقض كحق استلحاق النسب وهي الاستيلاد فاستويا من هذا

الوجه ثم الثابت من المشتري حقيقة الاعتاق والثابت في الام حق الحرية وفي الولد
للبائع حق الدعوة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير بمنزلة الاعتاق لانه لا يحتمل
النقض وقد ثبت به بعض آثار الحرية وقوله في الفصل الاول يرد عليه بحصة
من الثمن قولهما وعنده يرد بكل الثمن هو الصحيح كما ذكرنا في فصل الموت
قال ومن باع جارية ولدت عنده وباعه المشتري من آخر ثم ادعاه البائع الاول
فهو ابنه ويبطل البيع لان البيع يحتمل النقض وما لا حق الدعوة لا يحتمله فينتقض
البيع لاجله وكذا اذا كاتب الولد او رهنه او آجره او كاتب الام او رهنها او زوجها
ثم كانت الدعوة لان هذه العوارض تحتمل النقض فينقض ذلك كله وتصح دعواه
بخلاف الاعتاق والتدبير على ما مر وبخلاف ما اذا ادعاه المشتري اولا ثم ادعاه
البائع حيث لا يثبت النسب من البائع لان النسب الثابت من المشتري لا يحتمل
فصار كاعتاقه قال ومن ادعى نسب احد التوأمين يثبت نسبهما منه لانهما من
ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب احدهما ثبوت نسب الآخر وهذا لان التوأمين
ولدان بين ولادتهما اقل من ستة اشهر فلا يتصور علوق الثاني حادثا لانه لا يحبل
لاقل من ستة اشهر وفي الجامع الصغير اذا كان في يده غلامان توأمان فولدا عنده
فباع احدهما واعتقه المشتري ثم ادعى البائع الذي في يده فهما ابناه وبطل عتق
المشتري لانه لما ثبت نسب الذي عنده لمصادفة العلوق والدعوة ملكه اذ المسألة
مفروضة فيه ثبت حريته الاصل فيثبت نسب الآخر وحريته الاصل فيه ضرورة انهما
توأمان فتبين ان عتق المشتري وشراءه لاقى حر الاصل فبطل بخلاف ما اذا كان
الولد واحدا لان هناك يبطل العتق بمقصود الحق دعوة البائع وههنا
يثبت تبعا لحريته فيه حرية الاصل فافترقا ولو لم يكن احد العلوق في ملكه يثبت
نسب الولد الذي عنده ولا ينتقض البيع فيما باع لان هذه دعوة تحرير لا نعدام
شاهد الاتصال فيقتصر على محل ولايته قال واذا كان الصبي في يد رجل فقال
هو ابن عبدي فلان الغائب ثم قال ابني لم يكن ابنه ابدا ولم يجعل ان يكون ابنه وهذا
دعوة تحرير

يثبت بالفراش القائم وقد صح ان النبي عليه السلام قبل شهادة القابلة على الولادة
ولو كانت معتدة قالوا لا يثبت النسب منها بقولها لان فيه الزاما على نفسها دون
غيرها ولو كان لها زوج وزعمت انه ابنها منه وصدقها فهو ابنهما وان لم تقم بينة
امرأة لانه التزم نسبه فاغنى ذلك عن الحجة وان كان الصبي في ايديهما فزعم
الزوج انه ابنه من غيرها وزعمت انه ابنها من غيره فهو ابنهما لان الظاهر
ان الولد منهما لقيام ايديهما او لقيام الفراش بينهما ثم كل واحد منهما يريد
ابطال حق صاحبه فلا يصدق عليه وهو نظير ثوب في يد رجلين يقول كل واحد
منهما هو بيني وبين رجل آخر غير صاحبي يكون الثوب بينهما الا ترى انه دخل
المقر له في نصيب المقر لان المحل يحتمل الشركة وهنا لا يدخل لان النسب لا يحتملها

قال ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة
الولد يوم يخاصم لانه ولد المغرور فان المغرور من يطأ امرأة معتقدا
على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق وولد المغرور حر باجماع الصحابة
رضوان الله عليهم ولان النظر من الجانبين واجب فيجعل الولد حرا لاصل في
حق ابيه رقيقا في حق مدعيه نظرا لهما ثم الولد حاصل في يده من غير صنعه
فلا يضمنه الا بالمنع كما في ولد المغصوبة فلهذا يعتبر قيمة الولد يوم الخصومة
لانه يوم المنع ولو مات الولد لا شيء على الاب لانعدام المنع وكذا لو ترك مالا
لان الارث ليس بدل عن الولد والمال بدله لانه حر الاصل في حقه فيرثه ولو قتله الاب
يغرم قيمته لوجود المنع وكذا لو قتله غيره فله خيار الدية لان سلامته بدله كسلامته
ومنعه كمنعه فيغرم قيمته كما اذا كان حيا ويرجع بقيمة الولد على بائعه لانه ضمن
له سلامته كما يرجع بثمنها بخلاف العقر لانه لزمه لاستيفاء منافعها فلا يرجع
على البائع

كتاب الاقرار

قال واذا اقر الحر العاقل البالغ بحق لزمه اقراره مجهولا كان ما اقر به او معلوما
اعلم ان الاقرار اخبار عن ثبوت الحق وانه ملزم لوقوعه دلالة لا ترى كيف

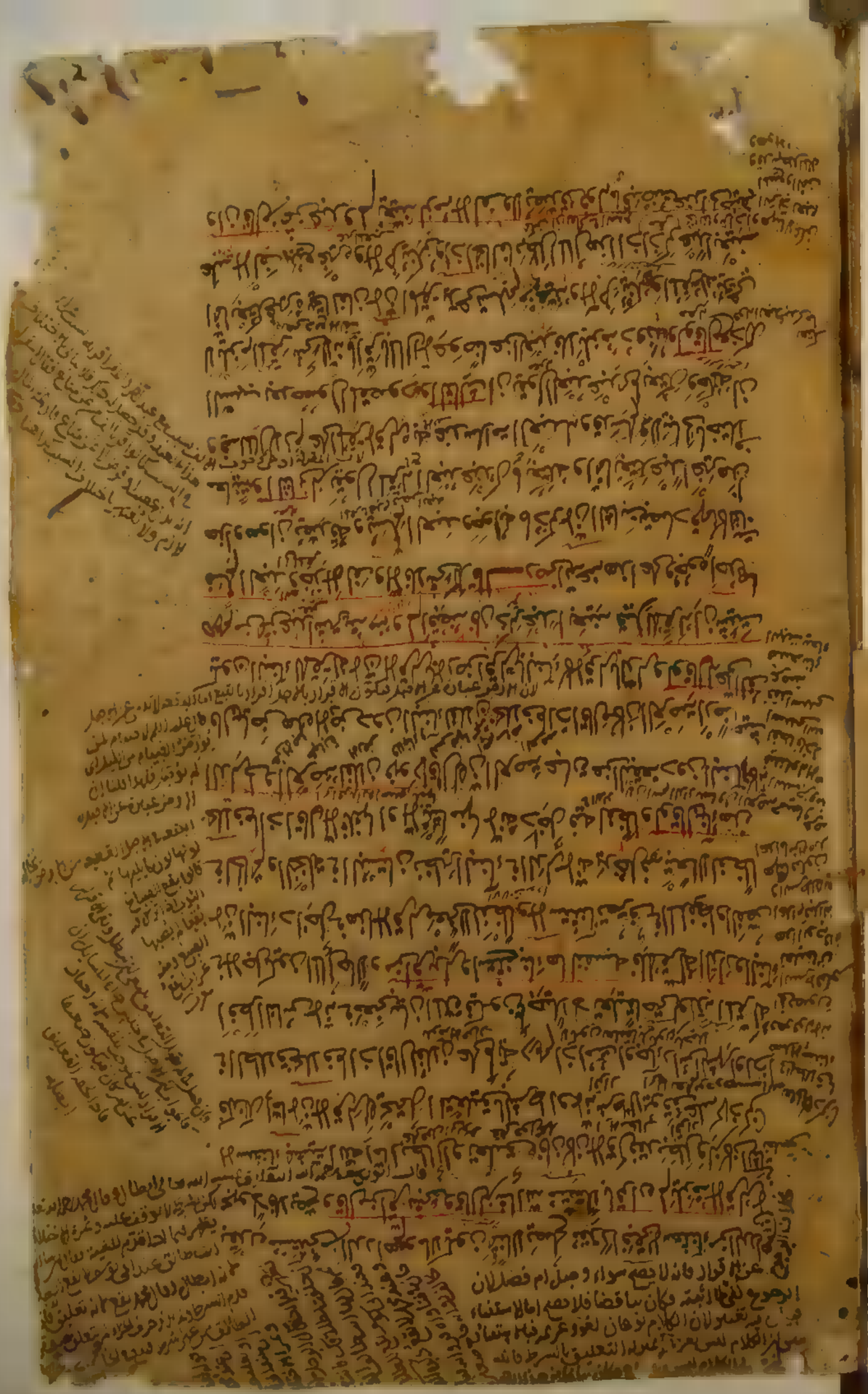
ولزم رسول الله عليه السلام ماعزا رضي الله عنه الرجم باقراره وتلك المرأة باعترافها
وهو حجة قاصرة المقصود ولاية المقر من غير تقصير عليه وشرط الحرية ليصح
اقراره مطلقا فان العبد المأذون وان كان ملحقا بالحر في حق اقراره لكن المحجور
عليه لا يصح اقراره بالمال في بقية الحدود والقصاص لان اقراره عهد موجبا
تعلق الدين برقبته وهي مال المولى فلا يصدق عليه بخلاف المأذون لانه مسلط
عليه من جهته وبخلاف الحد والدم لانه مبني على الدرء ذلك حتى لا يصح اقرار
المولى على العبد فيه ولا بد من البلوغ والعقل لان اقرار الصبي والمجنون غير لازم
لانعدام اهليته الا اذا كان الصبي مأذونا لانه ملحق بالبالغ حكما لا ذاتا
وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار لان الحق قد يلزم مجهولا بان اتلف مالا لا يدري
قيمته او مجرح جراحة لا يعلم ارشها او يبقى عليه باقية حساب لا يحيط به علمه
والاقرار اخبار عن ثبوت الحق فيصح به بخلاف الجهالة لان المقر به المجهول لا يصلح مستحقا
ويقال له بين المجهول لان التجهيل من جهته فصار كما اذا اعتق احد عبديه فان
لم يبين اجبره القاضي على البيان لانه لزمه الخروج عما لزمه بصحيح اقراره وذلك
بالبيان فان قال لفلان علي شيء لزمه ان يبين ماله قيمة لانه اخبر عن الوجوب في ذمته
وما لا قيمة له لا يجب فيه فاذا بين غير ذلك يكون رجوعا قال والقول قوله مع يمينه ان
ادعى المقر له اكثر من ذلك لانه هو المنكر فيه وكذا اذا قال لفلان علي حق لما
بينا وكذا لو قال غصبت منه شيئا ويجب ان يبين ما يجري فيه التمانع تعويلا على
العادة ولو قال لفلان علي مال فالمرجع اليه في بيانه لانه المجمل ويقبل قوله في القليل
والكثير لان كل ذلك مال فانه اسم لما يتمول به الا انه لا يصدق في اقل من درهم لانه
اقر بمال موصوف فلا يجوز الغاء الوصف والنصاب عظيم حتى اعتبر صاحبه
غنيا به والغني عظيم عند الناس وعند ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في اقل
من عشرة دراهم وهي نصاب السرقة لانه عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة
مثل جواب الكتاب وهذا اذا قال من الدراهم اما اذا قال من الدنانير فالتقدير فيها

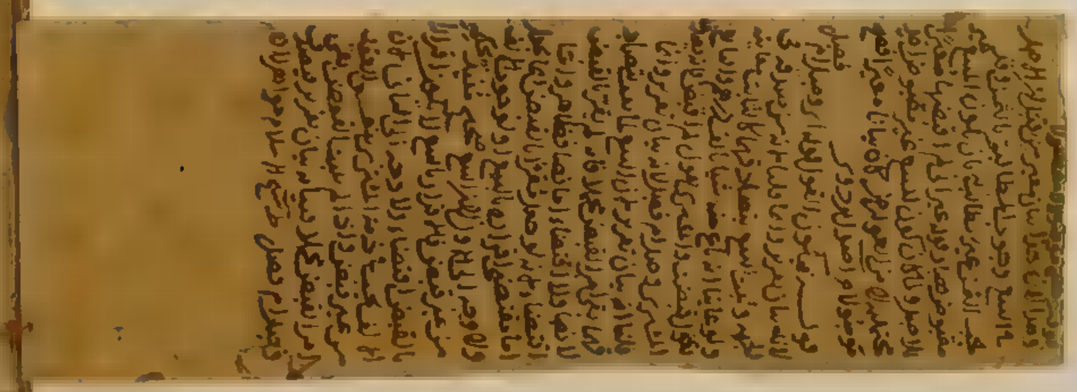
بالعشرين في الإبل بخمس وعشرين لأنه أدنى نصاب تجب فيه من جنسه وفي
غير مال الزكوة بقيمة النصاب ولو قال لأموال عظام فالتقدير ثلاثة نصب من
جنس سماه اعتبارا لأدنى الجمع ولو قال دراهم كثيرة لم يصدق في أقل من عشرة
دراهم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لم يصدق في أقل من مائتين لأن
صاحب النصاب يكثر حتى وجب عليه مواساة غيره بخلاف ما دونه وله أن
العشرة أقصى ما ينتهي إليه اسم الجمع يقال عشرة دراهم ثم يقال أحد عشر درهما
فيكون هو الأكثر من حيث اللفظ فينصرف إليه ولو قال دراهم فهي ثلاثة لأنه
أقل الجمع الصحيح إلا أن يميز الأكثر منها لأن اللفظ يحتمله وينصرف إلى الوزن
المعتاد ولو قال كذا كذا درهما لم يصدق في أقل من أحد عشر لأنه ذكر عددين بينهما
ليس بينهما حرف العطف فأقل ذلك من المفسر أحد عشر ولو قال كذا وكذا درهما
لم يصدق في أقل من أحد وعشرين لأنه ذكر عددين بينهما حرف العطف وأقل
ذلك من المفسر أحد وعشرون فيحمل كل وجه على نظيره ولو قال كذا درهما فهو
درهم لأنه تفسير للمبهم ولو ثلث كذا بغير واو فأحد عشر لأنه لا نظير
له سواه ولو أن ثلث بالواو فمائة وأحد وعشرين ولو ربع يزاد عليها ألف لأن
نظيره ولو قال له علي أو قبلي فقد أقر بالدين لأن على صيغة الإيجاب وقبلي
ينبئ عن الضمان على ما مر في الكفالة ولو قال المقر هو وديعة ردها صدق
لأن اللفظ يحتمله مجازا حيث يكون المضمون حفظه والمال محله فيصدق
موصولا لا مفصولا قال رضي الله عنه وفي نسخ المختصر في قوله قبلي أقر أن
بالأمانة لأن اللفظ يتناولها حتى صار قوله لا حق له قبل فلان إبراء عن
الدين والأمانة جميعا ولو قال أمانة أقر بها والأول أصح ولو قال عندي أو معي أو في
بيتي أو في كيسي أو في صندوقي فهو إقرار بأمانة في يده لأن كل ذلك إقرار بكون الشيء
في يده وذلك يتنوع إلى مضمون وأمانة فيثبت أقلهما وهي الأمانة ولو قال له
رجل لي عليك ألف فقال اتزنها أو انتقدها أو أجلني بها أو قد قضيتكها
فهذا

فهذا أقر لأن الهاء في الأول والثاني كناية عن المذكور في الدعوى كأنه قال
اتزن الألف التي لك علي حتى لو لم يذكر حرف الكناية لا يكون إقرارا لعدم انصرافه
إلى المذكور والتأجيل إنما يكون في حق واجب والقضاء يتلو الوجوب ودعوى
الإبراء كالقضاء لما بينا وكذا دعوى الصدقة والهبة لأن التمليك يقتضي سابقة
الوجوب وكذا لو قال لخصمه علي فلان أن له تحويل الدين قال ومن أقر
بدين مؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في التأجيل لزم الدين حالا لأنه أقر على
نفسه بماله ثم ادعى حقا لنفسه فيه فصار كما إذا أقر بعبد في يده وادعى الإجارة
بخلاف ما لو قال بالدراهم السود لأنه صفة فيه وقد مر في المسألة في الكفالة
ويستحلف المقر له على الأجل لأنه منكر حقا عليه واليمين على المنكر وإن قال له علي
مائة ودرهم لزمه كلها دراهم ولو قال مائة وثوب لزمه ثوب واحد والمرجع في تفسير
المائة إليه وهو القياس في الأول وبه قال الشافعي رحمه الله لأن المائة مبهم والدرهم
معطوف عليها بالواو العاطفة لا تفسير له فبقيت المائة على إبهامها كما في الفصل
الثاني وجه الاستحسان وهو الفرق أنهم استثقلوا تكرار الدرهم في كل عدد واكتفوا
بذكره عقيب العددين وهذا فيما يكثر استعماله وذلك عند كثرة الوجود
وذلك في الدراهم والدنانير والمكيل والموزون وأما الثياب فما لا يكثر
لا يكثر وجودها فبقي على الحقيقة وكذا إذا قال مائة وثوب لما بينا بخلاف
ما إذا قال مائة وثلاثة أثواب لأنه ذكر عددين مبهمين وأعقبهما تفسيرا إذ
الأثواب لم تذكر بحرف العطف فانصرف إليهما لاستوائهما في الحاجة إلى التفسير
فكان كلاما تاما قال ومن أقر بتمر في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وفسره في
الأصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة لزمه التمر والقوصرة وجه القول
صرة وعاء له وظرف وغصب الشيء وهو مظروف يتحقق بدون الظرف فكان
ما هو كذا الطعام في السفينة والحنطة في الجوالق بخلاف ما إذا قال غصبت
من قوصرة لأن كلمة من للانتزاع فيكون إقرارا بغصب المنزوع قال ومن أقر

بدابة اصطبل لزمته الدابة خاصة لان الاصطبل غير مضمون بالغصب عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما ومثله
الطعام في البيت والـــ ومن اقر لغيره بخاتم لزمته الحلقة دون الفص لان
اسم الخاتم يشمل الكل ومن اقر بسيف فله النصل والجفن والحمايل لان الاسم
ينطوي على الكل ومن اقر بحلة فله العيدان والكسوة لانطلاق الاسم
على الكل عرفا وان قال غصبت ثوبا في منديل لزماه جميعا لانه ظرف لان الثوب وكذا لو قال
يلف فيه كذا فقوله درهم في كيس حيث يلزمه واحد لانه ظرف لا ظرف
وان قال ثوب في عشرة اثواب لم يلزمه الا ثوب عند ابي يوسف رحمه الله وقال
محمد رحمه الله احد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة اثواب
فامكن حمله على الظرف ولابي يوسف رحمه الله ان حرف في تستعمل في البين
والوسط ايضا قال الله تعالى فادخلي في عبادي فوقع الشك والاصل
براءة الذمة على ان كل ثوب موعى وليس بوعاء فتعذر حمله على الظرف
فتعين الاول مجملا ولو قال لفلان علي خمسة في خمسة يريد الضرب والحساب
لزمه خمسة لان الضرب لا يكثر المال وقال الحسن رحمه الله يلزمه خمسة
وعشرون وقد ذكرناه في الطلاق ولو قال له عشرة خمسة مع خمسة لزمه
عشرة لان اللفظ يحتمله ولو قال له علي من درهم الى عشرة او قال ما بين
درهم الى عشرة لزمه تسعة عند ابي حنيفة رحمه الله فيلزمه الابتداء وما بعده
وتسقط الغاية وقالا يلزمه العشرة كلها فتدخل الغايتان وقال زفر رحمه الله
يلزمه ثمانية ولا يدخل الغايتان ولو قال له من حادي ما بين هذا الحائط الى
هذا الحائط فله ما بينهما وليس له الحائطين من شيء وقد مرت الدلائل في
الطلاق **فصل** ومن قال لحمل فلانة علي الف درهم فان قال
اوصى له فلان او مات ابوه فورثه فالاقرار صحيح لانه اقر بسبب صالح لثبوت
الملك له ثم اذا جاءت به في مدة يعلم انه كان قائما وقت الاقرار لزمه فان جاءت به

حتى كان المال للموصى والموروث حتى يقسم بين ورثته لأنه أقر له في الحقيقة بها وإنما
ينتقل إلى الجنين بعد الولادة ولم ينتقل ولو جاءت بولدين حيين فالمال بينهما
أو أقرضني ولو قال المقر له أعني لم يلزمه شيء لأنه بين مجملا قال وإن أبهم
الإقرار لم يصح عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يصح لأن الإقرار
إخبار فيجب إعماله وقد أمكن بالحمل على السبب الصالح ولأبي يوسف رحمه الله
أن الإقرار مطلقه ينصرف إلى الإقرار بسبب التجارة ولهذا حمل إقرار العبد
المأذون وأخذ المتفاوضين عليه فيصير كما إذا صرح به قال ومن
أقر بحمل جارية أو حمل شاة لرجل صح إقراره ولزمه لأن له وجها صحيحا وهو
الوصية به من جهة غيره فحمل عليه قال ومن أقر بشرط الخيار بطل الشرط
لأن الخيار للفسخ والإخبار لا يحتمله لزمه المال لوجود الصيغة الملزمة
ولم يلتفت إلى هذا الشرط الباطل باب
الاستثناء وهو في معناه قال ومن استثنى متصلا بإقراره صح الاستثناء
ولزمه الباقي لأن الاستثناء مع الجملة عبارة عن الباقي ولكن لا بد من الاتصال
وسواء استثنى الأقل أو الأكثر فإن استثنى الجميع لزمه المال وبطل الاستثناء
لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا ولا حاصل بعده فيكون رجوعا وقد مر
وجه في الطلاق ولو قال له علي مائة درهم إلا دينارا أو إلا قفيز حنطة
لزمه مائة درهم إلا قيمة الدينار أو القفيز هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله ولو قال له علي مائة درهم إلا ثوبا لم يصح الاستثناء وقال محمد رحمه الله
لم يصح فيهما وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما لمحمد رحمه الله أن الاستثناء ما
لولاه لدخل تحت اللفظ وهذا لا يتحقق في خلاف الجنس والشافعي رحمه الله أنهما
اتحدا جنسا من حيث المالية فإن المجانسة في الأول ثابتة من حيث الثمنية والدينار
ظاهر والمكيل والموزون لا صلاحية لهما أثمانا أما الثوب فليس بثمن أصلا ولهذا
لا يجب مطلق عقد المعاوضة وما يكون ثمنا صلح مقدرا بالدراهم





رحمه الله وصل أم فصل لأنه رجوع فإنه أقر بوجوب المال رجوعاً إلى كلمة على
وإنكاره القبض في غير المعين ينافي الوجوب أصلاً لأن الحوالة تتقارنه كما إذا
طارئة بأن اشترى عبداً ثم نسيئاً عند الاختلاط بما له توجب هلاك المبيع
فيمتنع وجوب نقد الثمن وإذا كان كذلك كان رجوعاً فلا يصح وإن كان موصولاً
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إن وصل صدق ولم يلزمه شيء وإن فصل لم
يصدق وإذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد وأن أقر أنه باعه
متاعاً فالقول قول المقر وجه ذلك أنه أقر بوجوب المال عليه وبين سبب
وهو البيع فإن وافقه الطالب في السبب فبه لا يتأكد الوجوب إلا بالقبض
والمقر ينكره فيكون القول قوله وإن كذبه في السبب كان هذا من المقر بيان
مغير لأن صدر كلامه الوجوب مطلقاً وآخره يحتمل انتفاءه على اعتبار عدم
القبض والمغير يصح موصولاً لا مفصولاً ولو قال ابتعت منه بيعاً لا أدري
لم أقبضه فالقول قوله لأنه ليس من ضرورة البيع القبض بخلاف الإقرار بوجوب
الثمن قال وكذا لو قال من ثمن خمر أو خنزير ومعنى المسألة إذا قال الفلان
على ألف من ثمن خمر أو خنزير لزمه ألف ولم يقبل تفسيره عند أبي حنيفة لا يصدق
رحمه الله وصل أم فصل لأنه رجوع لأن ثمن الخمر والخنزير لا يكون واجباً وأول
كلامه للوجوب وقالا إذا وصل لا يلزمه شيء لأنه بين بآخر كلامه أنه ما
أراد به الإيجاب وصار كما إذا قال في آخره إن شاء الله فلنا إذا كان تعليقاً
وهذا إبطال ولو قال له علي ألف من ثمن متاع أو قال أقرضني ألف درهم
ثم قال هي زيوف أو نبهرجة وقال المقر له هي جياد لزمه الجياد في قول أبي
حنيفة رحمه الله وقالا إن كان موصولاً يصدق ولزم مفصولاً لا يصدق وعلى
هذا الخلاف إذا قال هي ستوقة أو رصاص وعلى هذا إذا قال لا أدري أنها زيوف
وعلى هذا إذا قال لفلان علي ألف درهم زيوف من ثمن متاع لهما أنه بيان مغير
فيصح بشرط الوصل كالشرط والاستثناء وهذا لأن اسم الدراهم يحتمل الزيوف

بحقيقته والستوقة بجاز الا ان مطلقه ينصرف الى الجياد فكان بيان مغير
من هذا الوجه وصار كما اذا قال الا انها وزن خمسة وعن ابي حنيفة رحمه الله
الى هذا رجوع لان مطلق العقد يقتضي السلامة عن العيب والزيافة عيب
ودعوى العيب رجوع عن بعض موجبه فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال
المشتري بعتنيه سليما فالقول للمشتري لما بينا والستوقة ليست من الاثمان
والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا ولو قال الا انها وزن خمسة يصح استثناء
لانه تقدير بخلاف الجودة لان استثناء الوصف لا يجوز كاستثناء البناء في
الدار بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن عبد الا انها ردية لان الرداءة
نوع لا عيب ومطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها وعن ابي حنيفة رحمه الله
في غير رواية الاصول انه يصدق في الزيوف اذا وصل لان القرض لو جب
مثل المقبوض وقد يكون زيفا كما في الغصب ووجه الظاهر ان التعامل بالجياد
فانصرف مطلقه اليها ولو قال لفلان علي [redacted] درهم زيوف ولم يذكر البيع
والقرض قيل يصدق بالاجماع لان اسم الدراهم يتناولها وقيل لا يصدق
عنده لان مطلق الاقرار ينصرف الى العقود لتعينها شرعا لا الى
الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه الفا او قال اودعني ثم قال هي زيوف
او بهرجة صدق وصل ام فصل لان الانسان يغصب ما يجد ويودع
ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وان
فصل ولهذا لو جاء رد المغصوب والوديعة بالعيب كان القول له
وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض
اذ القبض فيهما هو موجب الضمان ولو قال ستوقة او رصاص بعد
ما اقر بالغصب والوديعة ووصل صدق ولو فصل لم يصدق لان
الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا
فلا بد من الوصل ولو ان قال في هذا كله القائم قال الا انها تنقص لذا لم يصدق

وان وصل صدق لان هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف
الزيادة لانه وصف واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف
لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام فهو واجب لعدم امكان
الاحتراز عنه ومن اقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لان الغصب
لا يختص بالسليم قال ومن قال لآخر اخذت منك الف درهم وديعة
فهلكت فقال لا بل اخذتها غصبا فهو ضامن وان قال اعطيتنيها وديعة
فقال غصبتنيها لم يضمن والفرق له في الفصل الاول اقر بسبب الضمان وهو
الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين
وفي الثاني اضاف الفعل الى غيره وذلك يدعي عليه سبب الضمان وهو الغصب
فكان القول المنكر مع اليمين والقبض في هذا كالاخذ والدفع كالاعطاء
فان قال فايلة اعطاء والدفع اليه لا يكون الا بقبضه فنقول قد يكون بالتخلية
والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاد
سبب الضمان وهذا الخلاف اذا قال اخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل
قرضا حيث يكون القول للمقر وان اقر بالاخذ لانها توافقا على ان الاخذ
كان بالاذن الا ان المقر له يدعي سبب الضمان وهو القرض والآخر ينكر فافترقا
فان قال هذه الالف كانت وديعة لي عند فلان فاخذتها فقال فلان هي
لي فانه ياخذها لانه اقر بالبدل وادعى استحقاقه عليه وهو ينكر والقول
للمنكر وان قال اخرجت دابتي هذه فلانا فركبها وردها او قال اخرجت ثوبي
هذا فلانا فلبسه وردّه فالقول له وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله القول قول الذي اخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى
هذا الخلاف الاعارة والاسكان ولو قال فلان نوى هذا بنصف درهم ثم قبضته
وقال فلان الثوب نوى فهو على هذا الاختلاف في الصحيح وجه القياس ما
بيناه في الوديعة وجه الاستحسان وهو الفرق له ان اليد في الاجارة والاعارة

ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما
وراء الضرورة فلا يكون اقراره له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لان اليد
فيها مقصودة والايداع اثبات اليد قصدا فيكون الاقرار به اعترافا باليد
للمودع وجه الفرق ان في الاجارة والاعارة والاسكان اقر بيد ثابتة من جهته
فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسئلة الوديعة لانه قال فيها كانت
وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال اودعها كان على هذا الخلاف وليس
مدار الفرق على ذكر الاخرة طرف الوديعة وعدمه في طرف الرد وهو الاجارة
واختاره لانه ذكر الاخرة في وضع الفرق الاخر في كتاب الاقرار ايضا وهذا بخلاف
ما اذا قال اقتضيت من فلان الف درهم كانت لي عليه او اقرضته القائم اخذتها
منه وانكر المقر له حيث يكون القول قوله لان الديون تقضى بامثالها
وذلك انما يكون بقبض مضمون فاذا اقر بالاقتضاء فقد اقر بسبب الضمان
ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والاخر ينكره اما ههنا المقبوض
عين ما ادعى فيه الاجارة وما اشبهها فافترقا قال ولو اقر ان فلانا زرع
هذه الارض او بنى هذه الدار او غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاه
قائله وقال المقر بل ذلك كله لي استعنت بك فعملت او بعلته باجر فالقول
للمقر له انه ما اقر له باليد انما اقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد
المقر وصار كما اذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل
قبضته منه لم يكن اقرارا باليد ويكون القول للمقر لما انه اقر بفعل منه
وتحيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

باب اقرار المريض

واذا اقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في
صحته وديون لزمته في مرضه باسباب معلومة فدين الصحة والدين
المعروفة الاسباب مقدم وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة
يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين وكمال الوجوب

إلا أن يصدقه فيه بقية الورثة وقال الشافعي رحمه الله في أحد قوليه يصح لأنه إظهار
حق ثابت لترجح جانب الصدق فيه وصار كالإقرار للأجنبي وبوارث آخر وبوديعة
مستهلكة للوارث ~~لترجح جانب الصدق وصار~~ كالإقرار ولنا قوله عليه السلام
لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه
ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلا ففي تخصيص البعض به إبطال
حق الباقين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والقرابة سبب التعلق إلا أن
هذا التعلق لم يظهر في حق الأجنبي لحاجته إلى المعاملة في الصحة لأنه
لو حجر عن الإقرار بالمرض يمتنع الناس عن المعاملة معه وقلما تقع المعاملة
مع الوارث ولم يظهر في حق الإقرار بوارث آخر لحاجته أيضا ثم هذا التعلق
حق بقية الورثة فإذا صدقوه فقد أبطلوه فصح إقراره قال وإن أقر
لأجنبي جاز وإن أحاط بماله لما بينا والقياس أن لا يجوز إلا في الثلث
لأن الشرع قصر تصرفه عليه إلا أنا نقول لما صح إقراره في الثلث كان له
التصرف في ثلث الباقي لأنه الثلث بعد الدين ثم وثم حتى يأتي على الكل قال
ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه منه وبطل إقراره فإن أقر لأجنبية
ثم تزوجها لم يبطل إقراره لها ووجه الفرق أن دعوة النسب تستند
إلى وقت العلوق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لأنها تقتصر
على زمان التزوج فبقي إقراره لأجنبية قال ومن طلق زوجته في
مرض موته ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه لأنهما
متهمان فيه لقيام العدة وباب الإقرار مسدود للوارث فلعله أقدم على هذا
الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الأمرين فيثبت

فصل ومن أقر بغلام يولد مثله لمثله وليس له نسب معروف
أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه وإن كان مريضا لأن النسب مما
يلزمه خاصة فيصح إقراره به وشرط أن يولد مثله لمثله لئلا يكون مكذبا
في الظاهر وشرط أن لا يكون له نسب معروف لأنه يمنع ثبوته من غيره وإنما شرط
تصديقه لأنه في يد نفسه إذ المسألة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير
على ما مر من قبل ولا يمتنع بالمرض لأن النسب من الحوائج الأصلية ويشارك الورثة
في الميراث لأنه لما ثبت نسبه منه صار كالوارث المعروف فيشارك ورثته قال
ويجوز إقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى لأنه أقر بما يلزمه
وليس فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لأن النسب منه إلا أن يصدقها
الزوج لأن الحق له أو تشهد بولادتها قابلة لأن قول القابلة في هذا
مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في إقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى
ولا بد من تصديق هؤلاء ويصح التصديق في النسب بعد موت المقر لأن
النسب يبقى بعد الموت وكذا تصديق الزوجة لأن حكم النكاح باق وكذا
يصح تصديق الزوج بعد موتها لأن الإرث من أحكامه وعند أبي حنيفة رحمه الله
لا يصح لأن النكاح انقطع بالموت ولا يصح التصديق على اعتبار الإرث لأنه
حالة الإقرار وإنما يثبت بعد الموت والتصديق يستند
إلى أول الإقرار قال ومن أقر بنسب من غير الوالدين والولد نحو الأخ والعم لا يقبل
إقراره في النسب لأن فيه حمل النسب على الغير فإن كان له وارث معروف
قريب أو بعيد فهو أولى بالميراث من المقر له لأنه لما لم يثبت نسبه منه لا يزاحم الوارث
المعروف وإن لم يكن له وارث استحق المقر له ميراثه لأن له ولاية التصرف
في مال نفسه عند عدم الوارث ألا ترى أن له أن يوصي بجميعه عند عدم الوارث
فيستحق جميع المال وإن لم يثبت نسبه لما فيه من حمل النسب على الغير وليست
هذه وصية حقيقة حتى أن من أقر بأخ ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان للموصى له
ثلث المال ولو كان الأول وصية لاشتركا نصفين لكنه بمنزلته حتى لو أقر في مرضه
بأخ وصدقه المقر له ثم أنكر المقر وراثته ثم أوصى بماله كله لإنسان كان ماله كله
للموصى له ولو لم يوص لأحد كان لبيت المال لأن رجوعه صحيح لأن النسب

لم يثبت فبطل الإقرار قال ومن مات أبواه فأقر أخ لم يثبت نسب أخيه لما
بينا ويشاركه في الإرث لأن إقراره تضمن شيئين حمل النسب على الغير وإثبات
ولاية له عليه والاشتراك في المال وله فيه ولاية فيثبت كالمشتري إذا أقر
على البائع بالعتق لم يقبل إقراره عليه حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه
يقبل في حق العتق ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما
أن أباه قبض خمسين منها المقر وللآخر خمسون لأن هذا إقرار بالدين على
الميت لأن الاستيفاء إنما يكون بقبض مضمون فإذا أكذبه أخوه استغرق
الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاب الآخر أو حضر فيما تصادقا على كون المقبوض
مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع على القابض لم يرجع القابض على الغريم و
رجع الغريم على المقر فيؤدي إلى الدور

كتاب الصلح

قال الصلح ثلاثة أضرب صلح مع إقرار وصلح مع سكوت وهو
أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر وصلح مع إنكار وكل ذلك جائز لإطلاق قوله
تعالى والصلح خير ولقوله عليه السلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا
صلحا أحل حراما أو حرم حلالا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز مع الإنكار
أو سكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لأن البدل كان حلالا على الدافع
حراما على الآخذ فينقلب الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة
وهذا رشوة ولنا ما تلونا وأول ما روينا وتأويل آخره أحل حراما
لعينه كالخمر أو حرم حلالا لعينه كالصلح على أن لا يطأ الضرة ولأن هذا
صلح بعد دعوى صحيحة فيقضي بجوازه لأن المدعي يأخذ عوضا عن حقه
في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفع لدفع الخصومة عن نفسه
وهذا مشروع أيضا إذ المال وقاية الأنفس ودفع الرشوة لدفع الظلم
أمر جائز فإن وقع الصلح عن إقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات لأنه وقع
عن مال بمال لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين

بتراضيهما فتجري فيه الشفعة اذا كان عقارا ويرد بالعيب ويثبت فيه
خيار الرؤية والشرط وتفسد بجهالة البدل لافضائها الى المنازعة
دون جهالة المصالح عنه لانه تسقط وتشترط القدرة على تسليم بدله
البدل وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة
وهو تمليك المنافع بمال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط
التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت احدهما في المدة لانه اجارة والصلح
عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة
وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا ويجوز ان يختلف حكم العقد
في حقهما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين في غيرها وهذا في الانكار
ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضا
في حقه بالشك قال واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة يعني
اذا كان عن انكار او سكوت لانه يأخذها على اصل حقه ويدفع المال
دفعا لخصومة المدعي وزعم المدعي لا يلزمه بخلاف ما اذا صالح
على دار حيث يجب فيها الشفعة لان المدعي يأخذها عوضا عن المال
فكان معاوضة في حقه فتلزمه الشفعة باقراره وان كان المدعى عليه
يكذبه قال واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح
عنه رجع المدعى عليه بحصة ذلك من العوض لانه معاوضة مطلقة كالبيع
وحكم الاستحقاق في البيع هذا وان وقع الصلح عن سكوت او انكار
فاستحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة ورد العوض لان
المدعى عليه ما بذل العوض الا ليدفع الخصومة عن نفسه فاذا
ظهر الاستحقاق تبين انه لا خصومة له فيبقى العوض في يده غير
مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته

ورجع بالخصومة فيه لانه خلا العوض في هذا الندر عن الغرض ولو
استحق المصالح عليه عن اقرار رجع بكل المصالح عنه لانه مبادلة فان استحق
رجع بحصته وان كان الصلح عن انكار رجع الى الدعوى في كله او بقدر
المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل هو الدعوى وهذا بخلاف ما اذا باع
منه على الانكار شيئا حيث يرجع بالمدعى لان الاقدام على البيع اقرار منه
بالحق له ولا كذلك الصلح لانه قد يقع لدفع الخصومة ولو هلك بدل الصلح
قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الفصلين قال فان
ادعى حقا في دار ولم يبينه فصولح من ذلك ثم استحق بعض الدار لم يرد
شيئا من العوض لان دعواه يجوز ان يكون فيما بقي بخلاف ما اذا استحق كله
لانه يعرى العوض عن ذلك عن شيء يقابله ولو ادعى جلدا فصالح على
قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من غير حقه وهو على دعواه في
الباقي والوجه فيه احد الامرين اما ان نزيد درهما في بدل الصلح فيصير
ذلك عوضا عن حقه في ما بقي او يكتفي به ذكر البراءة عن دعوى الباقي

فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر
قال وهو للمنافع لانها تملك بعقد الاجارة فكذا بالصلح والاصل ان
الصلح يجب حمله على اقرب العقود اليه واشبهها احتيالا لتصحيح تصرف
العاقل ما امكن قال ويصح عن جناية العمد والخطاء اما الاول
فلقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء الآية قال ابن عباس رضي الله عنه انها
نزلت في الصلح وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى في صلح هو بينا
اذ كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال الا ان عند فساد التسمية يصار
الى الدية لانها موجب الدم ولو صالح على خمر لا يجب شيء لانه لا يجب بمطلق
العقود في النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصلي ويجب مع

السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجناية في نفس وما دونها
وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق
في المحل قبل التملك اما القصاص فحق المحل في حق العفو فيصح الاعتياض
عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت
والكفالة بالنفس منزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير ان في
بطلان الكفالة روايتين على ما عرف في موضعه واما الثاني وهو جناية
الخطاء فلان موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا انه يصح الزيادة على
قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله فترد الزيادة بخلاف الصلح
عن القصاص حيث يجوز بالزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال
وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صالح على احد مقادير الدية اما اذا
صالح على غير ذلك جاز لانه مبادلة بها الا انه يشترط القبض في المجلس
كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي بدرهم مقادير ها فصالح
على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف
الصلح ابتداء لان تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين
فلا يجوز الزيادة على ما تعين قال ولا يجوز من دعوى حد لانه حق الله
لا حق له فلا يجوز الاعتياض عنه وهذا لا يجوز الاعتياض عنه اذا ادعت
المرأة نسب ولد لانه حق الولد لا حقها ولذا لا يجوز الصلح عما اشرعه
الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز لنا يصالح واحد على الانفراد
عنه ويدخل في اطلاق الجواب حد القذف لان المطلب فيه حق الشرع قال
واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصالحته على مال بذلته حتى
يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع لانه امكن تصحيحه خلعا في جانبه بناء
على زعمه وفي جانبها بذلا لمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له ان يأخذ فيما بينه
وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال واذا ادعت امرأة نكاحا

على رجل فصالحها على مال بذل لها جاز قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ
المختصر وفي بعضها قال لم يجز وجه الاول ان يجعل زيادة في مهرها وجه
الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا
يعطي العوض في الفرقة فان لم تجعل فالحال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء
تقابله العوض فلم يصح قال وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على
مال العطاء جاز وكان في حق المدعي بمنزلة الاعتاق هكذا قال لانه امكن تصحيحه
على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على صيرورته في الذمة الى اجل وفي
حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم انه حر الاصل فجاز الا انه لا ولاء
له لانكار العبد الا ان يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال واذا قتل
العبد المأذون له رجلا عمدا لم تجز له ان يصالح عن نفسه وان قتل عبد له
رجلا عمدا فصالحه جاز وجه الفرق ان رقبته ليست من تجارته ولهذا لا يملك
التصرف فيه بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى فصار كالاجنبي اما عبده
من تجارته فيتصرف فيه نافذ بيعا فكذا استخلاصا بمال المولى وهذا لان
المستحق كالزائل عن ملكه وهذا اشراوه فيملكه قال ومن غصب ثوبا يساوي
دبا قيمته دون المائة فاستهلكه فصالحه منه على مائة درهم جاز هذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يبطل الفضل على قيمته بالاتباع
الناس فيه لان الواجب هو القيمة وهي مقدرة فالزيادة عليها تكون ربوا
بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس
وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة
ولابي حنيفة رحمه الله ان حقه في الهلاك باق حتى لو كان عبدا او ثوبا اخذ القيمة
يكون عليه او هو في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدوان يعتبر بالمثل وانما
ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا اتراهما على الاكثر اعتياضا فلا يكون ربوا
بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال واذا كان

كان العبد بين رجلين اعتقه احدهما وهو موسر فصالحه الآخر على اكثر من نصف
قيمته فالفضل باطل وهذا بالاتفاق اما عندهما فلما بينا والفرق لابي حنيفة
رحمه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دخولا
تقدير القاضي فلا تجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها
وان صالحه على عروض جاز لما بينا لانه لا يظهر الفضل والله اعلم

باب التبرع بالصلح والتوكيل به

ومن وكل رجلا بالصلح فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه الا ان يضمنه
والمال لازم على الموكل وتأويل هذه المسألة اذا كان الصلح عن دم العمد او
كان الصلح على بعض ما يدعيه من الدين لانه اسقاط محض فكان الوكيل فيه
سفيرا ومعبرا فلا ضمان عليه كالوكيل بالنكاح الا ان يضمنه لانه حينئذ
هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح اما اذا كان الصلح عن مال فهو
فهو بمنزلة البيع فيرجع الحقوق الى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل
دون الموكل قال وان صالح رجل عنه بغير امره وهو اربعة او خمسة
صالح بمال وضمنه ثم الصلح لان الحاصل للمدعى عليه ليس الا البراءة وفي حقها
هو والاجنبي سواء فصلح اصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالخلع اذا ضمن
البدل ويكون متبرعا على المدعى عليه كالمتبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان
بامره ولا يكون لهذا المصالح شيء من المدعى واما ذلك الذي في يده
بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا او منكرا ولذلك اذا قال
صالحتك على الف هذه او على هذا صح الصلح ولزمه تسليمه لانه لما اضاف
الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصح الصلح وكذا لو قال على الف وسكت
لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض فيتم الحصول المقصود ولو قال
صالحتك على الف فالعقد موقوف فان اجاز المدعى عليه جاز ولزمه الالف
وان لم يجز بطل لان الاصل في انما هو المدعى عليه لان دفع الخصومة حاصل

له الا ان الفضولي يصير اصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم
يضف بقي عاقدا من جهة المطلوب فيتوقف على اجازته قال رضي الله عنه ووجه
آخر ان يقول صالحتك على هذه الالف او على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه
لما عينه للتسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استحق العبد
او وجد به عيبا فرده فلا سبيل له على المصالح لانه التزم الابراء من محل
بعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم لم يرجع
عليه بشيء بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها ودفعها ثم استحقت
او وجدها زيوفا حيث يرجع عليه لانه جعل نفسه اصيلا في حق الضمان
ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه رجع عليه ببدله والله اعلم

باب الصلح في الدين

وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يجز في المعاوضة
وانما يجوز على انه استوفى بعض حقه واسقط باقيه كمن له على آخر الف
درهم فصالحه على خمسمائة هو كمن له على آخر الف جياد فصالحه على
خمسمائة زيوف جاز وكانه ابراه عن بعض حقه وهذا لان تصرف
العاقل يجري تصحيحه ما امكن ولا وجه لتصحيحه معاوضة لافضائه
الى الربا لجعل اسقاط البعض في المسألة الاولى وهو البعض والصفة
في المسألة الثانية هو لو صالح على الف مؤجل جاز وكانه اجل نصف الحق
لانه لا يمكن جعله معاوضة لانه بيع دراهم بمثلها نسيئة لا يجوز فحملناه
على التأخير ولو صالحه على دنانير الى شهر لا يجوز لان الدنانير غير
مستحقة بعقد المداينة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى
المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسيئة لا يجوز فلم يصح الصلح ولو
كانت له الف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجز لان المعجل خير
من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازاء ما حط عنه وذلك

اعتياض عن الاجل وهو حرام وان كان له الف سود فصالحه على خمسمائة
بيض لم يجز لان البيض غير مستحقة بعقد المداينة وهي زيادة وصفة
فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو الربا بخلاف
ما اذا صالح على قدر الدين وهو اجود لان معاوضة المثل بالمثل ولا
معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان له عليه الف درهم
ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة او الى شهر صح الصلح لانه
امكن ان يجعل معاوضة تصحيحا للعقد او لان معنى الاسقاط فيه الزم
قال ومن له على آخر الف درهم فقال اد الي غدا منها خمسمائة على
انك بريء من الفضل ففعل فهو بريء وان لم يدفع اليه الخمسمائة فله
عليه الالف وهذا قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله
يعود عليه لانه ابراء مطلق الا يرى انه جعل اداء الخمسمائة عوضا
حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه
مستحقا عليه فجرى وجوده مجرى عدمه فبقي الابراء مطلقا فلا يعود كما اذا
بدا له بعد الابراء ولهما ان هذا ابراء مقيد بالشرط فيفوت بفواته لانه بدل اداء
الخمسمائة في الغد وانه يصلح عوضا عن هذا اذا قلا سبه او توسلا الى تجارة
ربح منه وكلمة على اذا كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى
المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر حمله على المعاوضة تصحيحا لتصرفه
كما في الحوالة وسنخرج البداية بالابراء ان شاء الله تعالى قال رضي الله عنه
وهذه المسألة على وجوه احدها ما ذكرنا والثاني اذا قال صالحتك
من الالف على خمسمائة ترفعها الي غدا وانت بريء من الفضل على انك
ان لم ترفعها غدا فالالف عليك على حاله وجوابه ان الامر على ما
قال لانه اتى بصريح التقييد فيعمل به والثالث اذا قال ابرأتك

من خمسمائة من الألف على أن تعطيني الخمسمائة غدًا والإبراء فيه واقع
أعطى الخمسمائة أو لم يعط لأنه أطلق الإبراء أولًا وأداء الخمسمائة
لا يصلح عوضًا مطلقًا ولكنه يصلح شرطًا فوقع التعليق في تقييده بالشرط
فلا يتقيد بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسمائة لأن الإبراء حصل مقرونًا
به من حيث إنه لا يصلح عوضًا يقع مطلقًا ومن حيث إنه يصلح شرطًا
لا يقع مطلقًا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا والرابع إذا قال
أدّ إلي خمسمائة على أن أبرئك من الفضل ولم يوقت الأداء وقتًا وجوابه
أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن هذا إبراء مطلق لأنه إذا لم يوقت
الأداء وقتًا لا يكون الأداء غرضًا بخلاف ما تقدم لأن الأداء في الغد
غرض صحيح والخامس إذا قال إن أديت إلي خمسمائة أو قال إذا
أديت أو متى أديت والجواب فيه أنه لا يصح الإبراء لأنه علقه بالشرط
صريحًا وتعليق البراءة بالشرط باطل لما فيها من معنى التمليك حتى يرتد
بالرد بخلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييد وقال
ومن قال لآخر لا أفتك بمالك حتى تؤخره عني أو حط عني فتفعل جاز عليه
لأنه ليس بمكره وهو معنى المسألة إذا قال ذلك سرًّا أما إذا قال ذلك علانية
يؤاخذ به والله أعلم **فصل في الدين المشترك** وإذا كان الدين
بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار إن شاء
اتبع الذي عليه الدين بنصفه وإن شاء أخذ نصف الثوب إلا أن
يضمن له شريكه ربع الدين وأصل هذا أن الدين المشترك
بين اثنين إذا قبض أحدهما شيئًا فلصاحبه أن يشاركه في المقبوض لأنه
أخذ بالقبض إذ مالية الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة
راجعة إلى أصل الحق فيصير كزيادة الثمرة والولد وله حق المشاركة
لكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض لأن العين غير الدين حقيقة

وقد قبضه بدلًا عن حقه فيملكه حتى ينفذ فيه تصرفه ويضمن لشريكه حصته
والدين المشترك أن يكون واجبًا بسبب متحد كثمن المبيع إذا كان صفقة
واحدة وثمن المال المشترك والمورود بينهما وقيمة المستهلك المشترك
إذا عرفنا هذا نقول في مسألة الكتاب له أن يتبع الذي عليه الأصل لأن
نصيبه باق في ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن
وإن أخذ نصف الثوب له حق المشاركة إلا أن يضمن له شريكه ربع الدين
لأن حقه في ذلك قال ولو اشترى أحدهما نصف نصيبه من الدين كان لشريكه
أن يشركه فيما قبض لما قلنا ثم يرجعان على الغريم بالباقي لأنهما لما اشتركا في
المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشركة قال ولو اشترى أحدهما نصيبه
من الدين بسلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين لأنه صادفها قابضًا حقه بالمقاصة
كما لأن مبنى البيع على المكاسبة بخلاف الصلح لأن مبناه على الإغماض و
المحاطة فلو ألزمناه دفع ربع الدين تضرر به فيخير القابض كما ذكرناه ولا
سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقد والاستيفاء بالمقاصة بين
قدر دين الدين وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لأن حقه في ذمته باق
لأن القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو
سلم له ما قبض ثم ما على الغريم له أن يشاركه القابض لأنه رضي بالتسليم ليسلم
له ما في ذمة الغريم ولم يسلم ولو وقعت المقاصة بدرين كان عليه لم يرجع عليه
الشريك لأنه قاض بنصيبه لا مقتضٍ ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه إتلاف
وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام
ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف رحمه الله اعتبارًا بالإبراء
المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو
غصب أحدهما عينًا منه أو اشتراه شراء فاسدًا وهلك في يده فهو قبض
يستجاز بنصيبه قبض وكذا الإحراق عند محمد خلافًا لأبي يوسف رحمهما الله

والتزوج به لا تلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه عن جناية العمد
قال واذا كان السلم بين الشريكين فصالح احدهما من نصيبه على رأس
المال لم يجز عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهم الله يجوز الصلح
اعتبارا بساير الديون وهما اخذا المتوريا عينا فاذا قال احدهما في نصيبه
لهما انه لو جاز في نصيبه خاصة يكون شبهة الدين في الذمة ولو جاز في
نصيبهما لا يبرأ من الجانب الآخر بخلاف سائر العين وهذا لان المسلم فيه صار
واجبا بالعقد والعقد قايم بهما فلا يتفرد احدهما برفعه ولانه لو جاز
لشاركه في المقبوض فاذا شاركه رجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي
الى فسخ السلم بعد استوفاء رأس المال قالوا هذا اذا خلطا رأس المال فان لم
يكونا قد خلطاه فعلى الوجه الاول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو
على الوفاق

فصل في التجارة

واذا كانت التركة بين ورثة
فاخرجوا احدهم منها بمال اعطاه اياه او كثيرا مما يملك تصحيحه بيعا وفيه اثر عثمان
رضي الله عنه فانه صالح ثماضر الاشجعية امرأة عبد الرحمن ابن عوف عن
ربع ثمنها على ثمانين الف دينار قال وان كانت التركة فضة
فاعطوه ذهبا او كان ذهبا فاعطوه فضة لذلك لانه بيع الجنس بخلاف الجنس
فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقابض في المجلس لانه صرف غير ان الذي
في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فيتوثق
عن قبض الصلح وان كانت التركة ذهبا وفضة وغير ذلك فصالحوه على
فضة او ذهب فلا بد ان يكون ما اعطوه اكثر من نصيبه من ذلك
الجنس حتى يكون نصيبه بمثله والزيادة بحقه من بقية التركة احترازا عن
الربوا ولا بد من التقابض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه
صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الربوا ولو

كان التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير ايضا جاز الصلح
كيف ما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقابض
للصرف قال واذا كان في التركة دين على الناس فادخلوه في الصلح
على ان يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل لان فيه
تمليك الدين من غير من عليه الدين وهو بعضه المصالح وان شرطوا ان
يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز لانه اسقاط
او هو تمليك الدين ممن عليه وهو جائز وهذا حيلة الجواز وان شرطوا ان
يعجلوا اقتضاء نصيبه متبرعين فهو الوجه ضرر بقية الورثة والوجه
ان يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم
على استيفاء نصيبه من الغرماء ولو لم يكن في التركة دين واعيانها غير
معلومة والصلح على المكيل والموزون قيل لا يجوز لاحتمال الربوا
وقيل يجوز لانه شبهة القسمة وان كانت التركة غير المكيل والموزون
لكنها اعيان غير معلومة وقيل لا يجوز لكونه بيعا اذ المصالح عنه عين
والاصح انه يجوز لانها لا تفضي الى المنازعة لقيام المصالح عنه في يد
البقية من الورثة وان كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة
لان التركة لم يتملكها الوارث وان لم يكن مستغرقا لا ينبغي ان يصالحوا
ما لم يقضوا دينه فيقدم حاجة الميت ولو فعلوا قالوا يجوز وذكر
الكرخي رحمه الله في القسمة انها لا تجوز استحسانا ويجوز قياسا والله اعلم

كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الارض سمي به لان المضارب يستحق
الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غني
بالمال عجز عن التصرف فيه وبين محتد في التصرف صفر اليد عنه فمست
الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف ليتم مصلحة الغني والذكي

والفقير والغني وبعث النبي عليه السلام والناس يباشرونه فقرره عليه
وتعامل به الصحابة رضوان الله عليهم ثم المدفوع الى المضارب امانة
في يده لانه قبضه بامر مالكه لا على وجه البدل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه
يتصرف فيه بامر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لتملكه جزءا من المال بعمله
واذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل اجر مثله واذا خالف كان
غاصبا لوجود التعدي منه على مال غيره قال والمضاربة عقد على
الشركة بمال من احد الجانبين وعمل من الجانب الآخر ومراده الشركة في الربح وهو مستحق بالمال
من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر ولا مضاربة بدونهما لان الربح
لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا
قال ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة وقد تقدم بيانه من قبل ولو
دفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جاز لانه يقبل الاضافة
من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض
مالي على فلان واعمل به مضاربة لما قلنا بخلاف ما اذا قال اعمل بالدرهم
الذي في ذمته حيث لا يصح المضاربة لان عند ابي حنيفة رحمه الله لا يصح هذا
التوكيل على ما مر في البيوع والوكالة وعندهما يصح لكن يقع الملك في المشترى للآمر
فيصير مضاربة بالعرض قال ومن شرطها ان يكون الربح بينهما مشاعا لا
يستحق احدهما دراهم مسماة لان شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كما في عقد الشركة
قال فان شرط لاحدهما زيادة عشرة فله اجر مثله لفساده لعله لا ينضبط الا
هذا القدر فينقطع الشركة في الربح وهذا لانه ابتغى من منافعه عوضا
ولم ينل لفساده والربح لرب المال لانه نماء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم يصح
المضاربة ولا يجاوز باجر القدر المشروط عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله
كما بينا في الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل لان اجر الاجير يجب بتسليم
المنافع او العمل وقد وجد وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يجب اعتبارا بالمضاربة
كاجير المشترك

يقطع

الصحيح ولانه عين مستاجرة في يده وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال
مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط
الوضيعة على المضارب قال ولا بد من كون المال مسلما الى المضارب
ولا يد لرب المال فيه لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف
الشركة لان المال في المضاربة من احد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا
بد ان يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه اما العمل في الشركة فمن
الجانبين فلو شرط خلوص اليد لاحدهما لم تنعقد الشركة ولشرط العمل على
رب المال مفسد للعقد لانه يمنع خلوص يد المضارب فلا يتمكن من التصرف
فلا يتحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا او غير عاقد كالصغير لان يد
الملك ثابت له وبقاؤه يمنع التسليم الى المضارب وكذا احد المتفاوضين
واحد شريكي العنان اذا دفع المال مضاربة وشرط عمل صاحبه لقيام الملك له
ولئن لم يكن عاقدا واشتراط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده
ان لم يكن من اهل المضاربة فيه كالمأذون بخلاف الاب في الوصي لانهما من اهل ان
يأخذا مال الصغير مضاربة بانفسهما فكذا اشتراطه عليهما قال واذا صحت
المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع
ويودع لاطلاق العقد والمقصود منه الاسترباح ولا يحصل الا بالتجارة
فينتظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكيل من صنيعهم
وكذا الابضاع والايداع والمسافرة لا يرى ان المودع له ان يسافر فالمضارب
اولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو
السير وعن ابي يوسف رحمه الله انه ليس له ان يسافر وعنه وعن ابي حنيفة
رحمهما الله انه ان دفع في بلده ليس له ان يسافر لانه تعريض على الهلاك من
غير ضرورة وان دفع في غير بلده له ان يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب
والظاهر ما ذكر في الكتاب قال ولا يضارب الا باذن له رب المال او بقول

لأن الشيء لا يتضمن مثله لنفسه له إعمل برأيك بخلاف الإيداع والإبضاع لأنه دونه فيتضمنه وبخلاف
في الفقه فلا يتضمن التنصيص عليه أو التفويض المطلق إلا قراض حيث لا يملكه وإن قيل له إعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما
إليه فكان كالتوكيل فإن الوكيل لا يملك أن يوكل غيره إلا إذا قيل له إعمل برأيك
هو من صنيع التجار وليس القراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا
يحصل به الغرض وهو الربح لأنه لا يجوز الزيادة عليه أما الدفع مضاربة
من صنيعهم وكذا الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول
قال وإن خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها
لم يجز له أن يتجاوزها لأنه توكيل وفي التخصيص فائدة فيتخصص وكذا
ليس له أن يدفع بضاعة إلى من يخرجها من تلك البلدة لأنه لما لم يملك الإخراج
بنفسه فلا يملك تفويضه إلى غيره قال فإن خرج إلى غير ذلك البلد فاشترى
ضمن فكان ذلك له وله ربحه لأنه تصرف بغير أمره وإن لم يشتر حتى رده
إلى الكوفة وهي التي عينها برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة
ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا إذا
رد بعضه واشترى ببعضه في المصر كان المردود والمشترى في المصر على
المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي
كتاب المضاربة ضمنه بنفس الإخراج والصحيح أن بالشراء يتقرر الضمان لزوال
احتمال الرد إلى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفس الإخراج وإنما
شرط الشراء للتقرر لحصول الوجوب وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في
سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لأن المصر مع تباين أطرافه كبقعة واحدة
فلا يفيد التقييد إلا إذا صرح بالنهي بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل
في غير السوق لأنه صرح بالحجر والولاية إليه ومعنى التخصيص أن يقول له على أن
تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا إذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة
لأنه تفسير له أما وقال فاعمل به بالكوفة لأن الفاء للوصل أو قال خذه بالنصف
بالكوفة لأن الباء للإلصاق أما إذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله

فله أن يعمل فيها وفي غيرها لأن الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة
ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لأنه مفيد لزيادة الثقة
به في المعاملة بخلاف ما إذا قال على أن تشتري بها من أهل الكوفة أو دفع
مالا في الصرف على أن يشتري من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة
من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لأن فائدة الأول التقييد بالمكان
وفائدة الثاني التقييد بالنوع هذا هو المراد عرفا له فيما وراء ذلك قال
وكذلك إن وقت للمضاربة وقتا بعينه يبطل العقد بمضيه لأنه توكيل
فيتوقت بما وقته والتوقيت مفيد وأنه تقييد بالزمان فصار كالتقييد
بالنوع والمكان قال وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على
رب المال القرابة أو غيرها لأن العقد وضع لتحصيل الربح وذلك
بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعتقه ولهذا لا يدخل في المضا
ربة شراء ما لا يملك بالقبض كشراء الخمر والشراء بالميتة بخلاف البيع الفاسد
لأنه يمكنه بيعه بعد قبضه فيتحقق المقصود قال ولو فعل صار
مشتريا لنفسه دون المضاربة لأن الشراء متى وجد نفاذا على
المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء إذا خالف قال فإن كان في المال
ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه لأنه يعتق عليه نصيبه ويفسد
نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف
فلا يحصل المقصود فإن اشتراهم ضمن مال المضاربة لأنه يصير
مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من مال المضاربة وإن لم يكن في
المال ربح جاز أن يشتريهم لأنه لا مانع من التصرف إذ لا شركة له فيه
ليعتق العبد عليه فإن زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه
منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لأنه لا صنع من جهته
في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لأن هذا شيء يثبت من طريق الحكم فصار

كما إذا ورثه مع غيره ويسعى في قيمة نصيبه منه لأنه احتبست ماليته
عنده فيسعى فيه كما في الوراثة وإن كان مع المضارب ألف بالنصف
فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولد يساوي ألفا فادعاه
ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فإن شاء في المال
استسعى الغلام في ألف وما يتين وخمسين وإن شاء اعتق ووجه ذلك أن الدعوة
صحيحة في الظاهر حلالا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك
لعدم ظهور الربح لأن كلا واحد منهما أعني الأم والولد مستحق برأس المال
كما في المضاربة إذا صادا أفيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح
كذا هنا فإذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة
بخلاف ما إذا اعتق الولد ثم إذا زادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق
فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بخروج الملك أما هذا إخبار
فجاز أن ينفذ عند خروج الملك كما إذا أقر بحرية عبد غيره ثم اشتراه وإذا
صحت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب
المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه بالنسب والملك والملك آخرهما فيضاف
إليه ولا صنع له فيه وهذا ضمان إعتاق فلا بد من التعدي ولم يوجد
وله أن يستسعي الغلام لأنه احتبست ماليته عنده وله أن يعتق لأن
المستسعى كالمكاتب عند أبي حنيفة رحمه الله ويستسعيه في ألف وما يتين وخمسين
لأن الألف مستحق برأس المال والخمسمائة ربح والربح بينهما فلهذا يسعى
له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن للمدعي نصف
قيمة الأم لأن الألف المأخوذ لما استحق برأس المال لكونه مقدما في
الاستيفاء ظهر أن الجارية كلها ربح فيكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة
لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها لفقد الملك فإذا ظهر
الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولده ويضمن نصيب

رب المال لأن هذا الضمان تملك وضمان التملك لا يستدعي صنعا كما إذا
استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وزائة يضمن نصيب شريكه كذا
هذا الخلاف ضمان الولد على ما مر

باب المضارب يضارب

قال وإذا دفع المضارب المال إلى غيره مضاربة
ولم يأذن له رب المال لم يضمن بالدفع ولا يتصرف المضارب حتى يربح فإذا
ربح ضمن الأول قال رضي الله عنه وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا عمل به ضمن ربح أو لم يربح وهو
ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع عملا ولم يعمل وهو رواية
عن أبي يوسف رحمه الله لأن المأذون له الدفع على وجه الإيداع وهذا
الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع إيداع حقيقة وإنما يتقرر
كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولأبي حنيفة رحمه الله أن
الدفع قبل العمل إيداع وبعده إبضاع والفعلان يملكهما المضارب
فلا يضمن بهما إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال فيضمن كما لو
خلطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا
يضمنه الأول وأما على الثاني لأنه أجير فيه وله أجر مثله فلا يثبت الشركة
به ثم ذكر في الكتاب يضمن الأول ولم يذكر الثاني وقيل ينبغي أن لا يضمن
الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في
مودع المودع وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء
ضمن الثاني وهو المشهور وهذا عندهما ظاهر وكذا عنده
ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني
يقبضه لمنفعة الأول فلا يكون ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه
لنفع نفسه فجاز أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صحت المضاربة الثانية
لأنه ملكه بالضمان من حيث حالف بالدفع إلى غيره لا على الوجه الذي

دفع

دفع به فصار كما اذا مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه
عامل فيه كما في المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد وتصح
المضاربة والربح بينهما على ما شرطا لان قرار الضمان على الاول فكانه
ضمنه ابتداء ويطيب الربح للثاني ولا يطيب للاعلى لان الاسفل يستحقه
بعمله ولا خبث في العمل والاعلى يستحقه بملكه المستند باداء الضمان
ولا يخرج عن نوع حيث قال فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف
واذن له بان يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح
فان كان رب المال قال له على ان ما رزق الله تعالى فهو بيننا نصفان فلرب
المال النصف وللمضارب الثاني الثلث وللمضارب الاول السدس لان
الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجوده من جهته المالك ورب المال
شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فينصرف
تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له
فلم يبق له الا السدس ويطيب له ذلك لان فعل الثاني واقع للاول
كمن استوجر على خياطة ثوب بدرهم فاستاجر غيره عليه بنصف درهم
وان كان قال له على ان ما رزقك الله تعالى فهو بيننا نصفان فللمضارب
الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان لانه
فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق
الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح
فافترقا ولو كان قال له ما رزقت من شيء فبيني وبينك نصفان وقد دفع
الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال لان
الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مفوض اليه من جهة رب المال فيستحقه
وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون
بينهما ولو قال له على ان ما رزق الله تعالى فلي نصفه او قال له فما كان

من فضل

من فضل فبيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال
النصف وللمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول لانه جعل لنفسه
نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف الثاني الى جميع نصيبه
فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استوجر ليخيط ثوبا بدرهم
فاستاجر غيره للخياطة بمثله وان شرط للمضارب الثاني ثلث الربح فلرب المال
النصف وللمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح
في ماله لانه شرط للثاني شيئا يستحق لرب المال فلم ينفذ في حقه لما فيه من
الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة لكون المسمى معلوما في عقد يملكه
فقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غرره في ضمن العقد
وهو سبب الرجوع فلهذا يرجع عليه وهو نظير من استوجر لخياطة ثوب
بدرهم فدفعه الى من يخيطه بدرهم ونصف **فصل** قال واذا شرط المضارب
لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على ان يعمل العبد معه
ولنفسه ثلث الربح فهو جائز لان للعبد يدا معتبرة خصوصا اذا كان
ماذونا له في التجارة واشتراط العمل اذن له ولهذا لا يكون للمولى
ولاية اخذ ما اودعه العبد وان كان محجورا عليه ولهذا يجوز بيع المولى
من عبده الماذون واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم العبد للمولى
اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو للغرماء هذا اذا كان العامل
هو المولى فلو عقد العبد الماذون عقد المضاربة مع اجنبي وشرط
العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل
على المالك وان كان عليه دين صح عند ابي حنيفة رحمه الله لانه بمنزلة الاجنبي
عنه على ما عرف **فصل في العزل والقسمة** واذا مات رب
المال او المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل على ما تقدم وموت الموكل
يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل وان ارتد

رب المال عن الاسلام والعياذ بالله فلحق دار الحرب بطلت المضاربة لان اللحوق
بمنزلة الموت الا ترى انه يقسم اموال ورثته وقبل لحوقه يتوقف
تصرف مضاربه عند ابي حنيفة رحمه الله لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه
ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لان له عبارة صحيحة فلا
توقف ملك رب المال فبقيت المضاربة قال فان عزل رب المال المضارب ولم يعلم
بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز لانه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصدا
يتوقف على علمه وان علم بعزله والمال عروض فله ان يبيعها لا يمنع العزل
من ذلك لان حقه قد ثبت في الربح وانما يظهر بالقسمة وهي تبتنى على راس
المال فلا بد من البيع ليتصور راس المال قال ثم لا يجوز ان يشتري بثمنها شيئا
آخر لان العزل انما لم يعمل ضرورة معرفة راس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا
فعمل العزل فان عزله ورأس المال دراهم ودنانير فقضت لم يجز له ان يتصرف
فيها لانه ليس في اعمال العزل ابطال حقه في الربح فلا ضرورة وقال رضي الله عنه
وهذا الذي ذكره اذا كان من جنس راس المال فان لم يكن بان كان دراهم
ورأس المال دنانير او على العكس له ان يبيعها بجنس راس المال استحسانا لان
الربح لا يظهر الا به صيانة كالعروض وهذا على هذا موت رب المال في بيع العروض
ونحوها قال واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه اجبره
الحاكم على اقتضاء الديون لانه بمنزلة الاجير لان الربح كالاجر له وان لم
يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء
ما تبرع ويقال له وكل رب المال بالاقتضاء لان حقوق العقد ترجع الى
العاقد فلا بد من توكيله وتوكيله كيلا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير
يقال له اجل فكان قوله وكل المراد منه الوكالة على هذا سائر الوكالات
والبياع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان باجر على العرف
كالمشروط بالشرط وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون راس
المال

وانما ينض بالبيع

المال لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع اولى كما يصرف
الهلاك الى العفو في الزكوة فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على
المضارب لانه امين فان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بحالها ثم
هلك المال بعضه او كله تراد الربح حتى يستوفي رب المال راس
المال لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء راس المال لانه هو الاصل
وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك في يد المضارب امانة تبين انه
ما استوفياه من راس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه اخذه لنفسه
فيرده وما اخذه رب المال محسوب من راس ماله واذا استوفى راس
المال فان فضل شيء كان بينهما لانه ربح وان نقص فلا ضمان على
المضارب لما بينا ولو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها
فهلك المال لم يتراد الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية
عقد جديد فهلاك المال في الثاني لا يوجب انتقاض الاول كما اذا دفع
اليه مالا آخر

فصل فيما يفعله المضارب

قال ويجوز
للمضارب ان يبيع بالنقد والنسيئة لان كل ذلك من صنيع التجار
فينتظمه اطلاق العقد الا اذا باع الى اجل لا يبيع التجار اليه لان
له الامر العام المعروف فيما بين الناس ولهذا كان له ان يشتري
دابة للركوب وليس له ان يشتري سفينة وله ان يستكريها
اعتبارا لعادة التجار وله ان ياذن لعبده المضاربة في التجارة في
الرواية المشهورة لانه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم اخر
الثمن جاز بالاجماع واما عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله فلان الوكيل
يملك ذلك واما عند ابي يوسف رحمه الله فلانه يملك الاقالة ثم البيع
بالنسيئة بخلاف الوكيل لانه لا يملك الاقالة فلو اهتال بالثمن على الايسر
او الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بمال

اليتيم حيث نعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل
ان ما يفعله المضارب ثلاثة انواع نوع يملكه بمطلق المضاربة وهو
ما يكون من باب المضاربة وتوابعها وهو ما ذكرنا ومن جملته التوكيل
بالبيع والشراء للحاجة اليه والرهن والارتهان لانه ايفاء واستيفاء
والاجارة والاستيجار والايداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرنا
من قبل ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برايك وهو
ما يحتمل ان يلحق به فيلحق عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال
مضاربة او شركة الى غيره وخلط ماله بمال المضاربة بماله او بمال
غيره لان رب المال رضي بشركة غيره وهو امر هادم لا يتوقف
عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد لكنه في التنمية من هذا
الوجه يوافق فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برايك دلالة
على ذلك ونوع لا يملكه لا بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برايك الا ان
ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو ان يشتري بالدراهم والدنانير
بعد ما اشترى براس المال سلعة وما اشبه ذلك لانه يصير المال زايدا
على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرضى به ولا يشغل ذمته بالدين ولو
اذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بمنزلة
شركة الوجوه واخذ السفاتج لانه نوع من الاستدانة وكذا اعطاؤها
لانه اقراض والعتق بمال وبغير مال والكتابة لانه ليس بتجارة و
الاقراض والهبة والصدقة لا تبرع محض والتزوج عبدا
ولا امة من مال المضاربة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه
من باب الاكتساب الا يرى انه يستفيد المهر وسقوط النفقة ولهما
انه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الا التوكيل بالتجارة وصار كالكتابة
والاعتاق على مال فانه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة

السفاتج
در راه ارکسی
چیزی وام کرفتن

كذا صرفه وال فان دفع شيئا من مال المضاربة الى رب المال بضاعة
فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة وقال زفر رحمه الله تفسد المضاربة
لان رب المال متصرف في مال نفسه لا يصلح وكيلا فيه فيصير مستردا او
لهذا لا تصح اذا شرط العمل ابتداء ولنا ان التخلية قد تمت وصار التصرف
حقا للمضارب فيصلح رب المال وكيلا عنه في التصرف والابضاع توكيل
منه فلا يكون استردادا بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء لانه يمنع التخلية
وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة
تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مهنا فلو جوزناه
يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بامر المضارب
فلا تبطل به المضاربة الاولى وال واذا عمل المضارب في المصر
فليست نفقته في المال وان باع في نفقته وكسوته وركوبه في
المال ومعناه شراء وكراء ووجه الفرق ان النفقة تجب باذاء الاجنبي
كنفقة القاضي ونفقة امراته وما دام المضارب في المصر فهو ساكن
بالسكنى الاصلي واذا سافر صار محبوسا بالمضاربة فيستحق النفقة
فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لا محالة فلا يتضرر بالانفاق
من ماله اما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلو انفق
من ماله يتضرر وهو بخلاف المضاربة الفاسدة لانه اجير وبخلاف البضاعة
لانه متبرع وال فلو بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في
المضاربة لانها للاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر ينظر ان
كان يغرر ولم يروح فيبيت باهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان
كان بحيث لا يبيت باهله كانت نفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة
والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الراتبة وهو ما ذكرنا وكذا غسل
ثيابه واجرة اجير يخدمه وعلف دابة يركبها والرهن اذا كان في يد

تحتاج اليه كالخادم وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف على ما هو المتعارف
بين التجار ويضمن الفضل لرجاء ربحه اما الدواء فعن ابي حنيفة في
الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لان به الاصلاح
بدنه ولا يتمكن من التجارة فنزل منزلة النفقة وجه الظاهر الرواية
ان الحاجة الى النفقة معلوم الوقوع والحاجة الى الدواء بعارض
المرض ولهذا لا يرى نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في مالها قال
واذا ربح اخذ رب المال ما انفق من راس المال فان باع المتاع مرابحة
يحسب ما انفق على المتاع من الحملان ونحوه ولا يحتسب ما انفق على
نفسه لان العرف جار بالحاق الاول دون الثاني ولان الاول يوجب
زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها وقد قررناه في كتاب
البيوع قال فان كان معه الف فاشترى بها ثيابا قصرها او
حملها بماية من عنده وقد قيل له اعمل برايك فهو متطوع لانه استدانة
على رب المال فلا ينتظم قوله اعمل برايك على ما مر وان صبغها احمر
فهو شريك بمازاد الصبغ فيه لانه عين مال قايم به حتى اذا بيع كان
له حصة الصبغ وحصة الثوب الابيض على المضاربة بخلاف القصارة
والخل لانه ليس بعين مال قايم به ولهذا اذا فعله الغاصب ضاع
ولا يضيع اذا صبغ ما غصب واذا صار شريكا بالصبغ دخل
تحت قوله اعمل برايك الخلطة فلا يضمنه وهذا بخلاف ما اذا صبغه
اسود حيث لا يضمنه وان لم يقل له اعمل برايك لان ذلك لا يوجب
سواء في المال فلا يضمنه وان نقصه لانه من صنيع التجار ولو صبغه
احمر او اصفر ولم يقل له اعمل برايك يضمنه لانه بمنزلة الخلط فيخير
رب المال بين ان يضمن قيمة متاعه يوم صبغه وبين ان يبيعه فيضرب
بقيمته ابيض والمضارب بما زاد الصبغ كما اذا فعله الاجنبي

فصل آخر

اعتبار المتعارف بين التجار صح

الا به نصار النفقة صح

ولهذا لا تنفق المرأة على زوجها ودواؤها في مالها صح

هذا المال صح

انتظم صح

فصل آخر قال فان كان معه الف بالنصف بها بزا او باعه بالفين
واشترى بالفين عبدا فلم ينقدهما حتى ضاعا يغرم رب المال الفا وخمسماية
والمضارب خمسماية ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة ارباعه على
المضاربة قال رضي الله عنه هذا الذي ذكرنا اصل الجواب لان الثمن كله
على المضارب انه هو العاقد الا ان له حق الرجوع على رب المال بالف
وخمسماية على ما بينا فيكون عليه الاخر ووجهه انه لما نقص المال ظهر
الربح وهو خمسماية فاذا اشترى بالفين عبدا صار مشتركا بينه
وثلاثة ارباعه للمضاربة على حسب انقسام الالفين واذا ضاعت
الالفان وجب الثمن على ما بينا وله الرجوع بثلاثة ارباع الثمن على رب
المال لانه وكيل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة
لانه مضمون عليه ومال المضاربة امانة وبينهما منافاة ويبقى ثلاثة ارباع
العبد على المضاربة لانه ليس فيه ما ينافي المضاربة ويكون راس المال الفين
وخمسماية لانه دفع مرة الفا ومرة الفا وخمسماية والمبيع مرابحة الا على
الفين لانه اشتراه بالفين ويظهر ذلك فيما اذا بيع العبد باربعة
آلاف فحصة المضاربة ثلاثة آلاف يرفع منه راس المال ويبقى خمسماية ربحا
بينهما قال وان كان معه الف فاشترى رب المال عبدا بخمسماية وباعه
اياه بالف يبيعه مرابحة على خمسماية لان هذا البيع مقتضى بجواز لتغاير
المقاصد دفعا للحاجة وان كان بيع ملكه بملكه الا انه فيه شبهة العدم ومبنى
المرابحة على الامانة والاحتراز عن شبهة الخيانة فاعتبر اقل الثمنين ولو
اشترى المضارب عبدا بالف وباعه من رب المال بالف ومائتين باعه
مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر قدما في حق نصف الربح وهو نصيب رب
المال وقد مر في البيوع قال فان كان معه الف بالنصف فاشترى
بها عبدا قيمته الفان فقتل العبد رجلا خطأ فثلاثة ارباع الفداء على

فان المضارب باخذ الفا لا وهو والعبد كان له ربع الممسه الالف فبيع بالالف وهو دفع منه راس المال وهو خمسماية الفان وخمسماية وبيع خمسماية ربحا تقسيمه على ما شرطا

لان الربح متعين من المضارب ورب المال لحصة المضارب لا حق لرب المال فيه وهي حصة رب المال ملكت السيد وهو بيع ملك علكه ١٢ ا نصاح

رب المال وبعده على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدر الملك
وقد كان الملك بينهما ارباعا لانه لما صاد المال عبدا واحدا ظهر الربح وهو
الف بينهما والف لرب المال براس ماله لان قيمته الفان واذا فدى حرم
العبد عن المضاربة اما نصيب المضارب لما بيناه واما نصيب رب المال
فان القاضي لما قضى بانقسام الفداء عليهما يتضمن ذلك قسمة العبد بينهما
والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب ولو
كان له حق الرجوع فله حاجة الى القسمة ولان العبد كالزايل عن ملكهما بالجناية
ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما ارباعا لا على المضاربة
تخدم رب المال ثلاثة ايام والمضارب يوما بخلاف ما تقدم قال وان كان
معه الف فاشترى بها عبدا فلم ينقدها حتى هلك يرفع رب المال ذلك الثمن
وراس المال جميع ما يرفع لان المال امانة في يده ولا يصير مستوفيا لان
الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد
اخرى بخلاف الوكيل بالشراء اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء وهلك
بعد الشراء حيث لا يرجع الا مرة لانه امكن جعله مستوفيا لان الوكالة
تجامع الضمان كالغاصب اذا توكل ببيع المغصوب ثم في الوكالة في هذه الصورة
يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه يثبت
له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده اما المدفوع
اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قايم على الامانة بعده فلم يصر مستوفيا
فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

فصل في الاختلاف

فان كان معه الفان فقال دفعت الى الفا وربحته وقال رب المال
لا بل دفعت اليك الفين فالقول قول المضارب وكان ابو حنيفة رحمه الله
يقول اولا القول قول رب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعي
عليه الشركة في الربح وهو ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب

لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض
ضمينا كان او امينا لانه اعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار
الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشرط وهو يستفاد من جهته
وايهما اقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البينات للاثبات
قال ومن كان معه الف درهم فقال قارضت فلانا بالنصف وقد ربح
الفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال لان المضارب يدعي عليه
تقويم عمله او شرطا من جهته او يدعي عليه الشركة وهو ينكر فيكون
القول له ولو قال المضارب اقرضتني وقال رب المال هي بضاعة او وديعة
فالقول لرب المال والبينة للمضارب لان المضارب يدعي عليه التملك وهو
ينكر ولو قال رب المال دفعت اليه مضاربة في الحنطة وقال المضارب امرتني
بالتجارة بعينها فالقول قول المضارب لان الامر فيه العموم والاطلاق
والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الامر فيه الخصوص ولو قال
رب المال دفعت اليه البر وقال المضارب هو في الطعام فالقول لرب المال لانهما
اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة للمضارب
لحاجته الى نفي الضمان ورب المال لا يحتاج الى البينة اصلا ولو قامت
البينتان فصاحب الوقت الاخير اولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

كتاب الوديعة

قال الوديعة امانة في يد المودع اذا هلكت لم يضمنها لقول النبي عليه السلام
ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان
ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمناه يمتنع الناس من قبول الو
دايع فيتعطل مصالحهم ولانه يحفظ امانته في الحفظ وما على المحسنين
من سبيل والمودع لم يحفظها بنفسه وبمن في عياله لان الظاهر
انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه والا يجد بدا

من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمته بنفسه ولا استصحاب الوديعة في خروجه
كان المالك به راضيا فان حفظها بغيرهم او اودعها عند غيرهم ضمن لان
المالك رضي بيده لا بيد غيره والايدي تختلف في الامانة ولان النبي لا يتضمن
مثله كالوكيل لا يوكل غيره والوضيع في حرز غيره ايداعه الا اذا استاجر الحرز
فيكون حافظا بحرز نفسه قال الا ان يقع في دار حريق فيسلمها الى كاره
او يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقيها الى سفينة اخرى لانه تعين طريقا
للحفظ في هذه الحالة فيكون المالك راضيا به ولا يصدق على ذلك الا بتيقن
ان الايداع سبب الضمان وقد اقر به ثم ادعى ضرورة فصار كما اذا
ادعى الاذن في الايداع قال فان طلبها صاحبها فمنعها وهو يقدر على
تسليمها ضمنها لانه متعد بالمنع عن رده وهذا لانه لما طالبه لم يكن
راضيا بامساكه بعده وحبس مال الغير بغير رضاه سبب الضمان قال
وان خلطها المودع بماله حتى لا تتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليها
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء مثل ان
ان يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة والشعير بالشعير
لهما انه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وامكنه معنى بالقسمة
فكان استهلاكا من وجه دون وجه فيميل الى ايهما شاء ولابي حنيفة رحمه الله
انه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه لا
بالقسمة لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها ولو ابرأ الخالط
لا سبيل على المخلوط عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا حق له الا في الدين وقد
سقط وعندهما بالابراء يسقط حصة الضمان فيتعين الشركة في المخلوط
وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى
الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة ولذا معنى لتعذر القسمة
باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الشعير بالحنطة في الصحيح

لان احدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز والقسمة ولو خلط
المائع بجنسه فعند ابي حنيفة رحمه الله ينقطع حق المالك في الضمان لما ذكرنا وعند ابي
يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب اجزاء وعند محمد رحمه الله
شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده على ما مر في كتاب الرضاع
وعلى هذا كل مائع خلط بجنسه وكذا خلط الدراهم بالدراهم بالاجماع
لانه يصير مائعا قال فان اختلط بماله من غير فعله فهو شريك لصاحبها
معناه اذا انشق الكيسان فاختلطا لانه لا يضمنها لعدم الصنع
منه فيشتركان وهذا بالاتفاق قال فان انفق المودع بعضها ثم رد
مثله خلط بالباقي ضمن الجميع لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكا
على الوجه الذي تقدم قال واذا تعدى المودع في الوديعة بان
كانت دابة فركبها او ثوبا فلبسه او عبدا فاستخدمه او اودعها عند
غيره ثم زال التعدي فردها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله
لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة لم يرتفع حين صار ضامنا للمنافاة
بين الوجهين فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا انه امر باق لاطلاقه و
ارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع علاحكم العقد
كما اذا استاجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي
الرد الى نائب المالك قال فان طلبها صاحبها فجحدها ضمنها لان
الجحود ملك الابدي لان الشرع جعل القول قوله وملك مال الغير لا يكون
الا بالضمان ولانه لما طالبه بالرد فقد عزل عن الحفظ فبعد ذلك هو
بالامساك غاصب مانع فيضمنه فان عاد الى الاقرار لم يبرأ عن الضمان
لارتفاع العقد ان المطالبة بالرد رفع من جهته والجحود فسخ من جهته
المودع بجحود الوكيل الوكالة وجحود احد المتعاقدين البيع فتم الدفع
او لان المودع يتقرر عزل نفسه بحضرة المستودع كالوكيل يملك عزل

نفسه بحضرة من الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجديد فلم يوجد الرد الى
نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو جحدها عند غير
صاحبها لا يضمنها عند ابي يوسف خلافا لزفر لان الجحود عند غيره من
باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين وانه لا يملك عزل نفسه بغيبة
محضر منه او طلبه فبقي الامر بخلافه اذا كان بحضرته قال ولو
دفع ان يسافر بالوديعة عند ابي حنيفة رحمه الله وان كان له حمل ومؤنة
وقالا ليس له ذلك اذا كان له حمل ومؤنة وقال الشافعي رحمه الله ليس له
ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر وللمفازة محل الحفظ اذا
كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي ولهما انه تلزمه
مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة فالظاهر انه لا يرضى به فيتقيد والشافعي
رحمه الله يقيده بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الامصار وضياع الامر
يا جو قلنا مؤنة الرد تلزمه في ماله ضرورة امتثال امره فلا يبالي به
والمعتاد كونها في المصر لا حفظها ومن يكون في المفازة يحفظ ماله
فيها كالحافظ له استحفاظا باجرة له عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مقابلة
العقد واذا نهاه المودع ان يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لان
التقييد مفيد اذ الحفظ في المصر ابلغ فكان صحيحا قال واذا اودع
رجلان عند رجل وديعة فحضر احدهما فطلب نصيبه لم يدفع اليه
حتى يحضر الآخر عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع اليه نصيبه وفي الجامع
الصغير ثلاثة استودعوا رجلا الفا فغاب اثنان فليس للحاضر ان
ياخذ نصيبه عندهما وقالا له ذلك والخلاف في الكيل والموزون وهو
المراد بالمذكور في المختصر لهما انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع
اليه كما في الدين المشترك وهو انه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو
النصف ولهذا كان له ان ياخذه فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولابي حنيفة

رحمه الله انه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمفرز وحقه
في المشاع والمفرز المعين يشتمل على الحقين ولا يتميز حقه الا بالقسمة
وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف
الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بامثالها
قوله له ان ياخذه قلنا ليس من ضرورته ان يجبر المودع على الدفع
كما اذا كان له الف درهم وديعة عند انسان وعليه الف لغيره فالغريم
ان ياخذه اذا ظفر به وليس للمودع ان يرفعه اليه قال وان
اودع رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز ان يدفع احدهما الى
الآخر ولكنهما يقتسمانه فيحفظ كل واحد منهما نصفه وان كان مما لا يقسم
جاز ان يحفظه احدهما باذن الآخر وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وكذلك
الجواب في المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم احدهما الى الآخر
قالا احدهما ان يحفظ باذن الآخر في الوجهين لهما انه رضي بامانتهما
فكان لكل واحد منهما ان يسلم الى الآخر ولا يضمنه كما فيما لا يقسم وله
انه رضي بحفظهما ولم يرض بحفظ احدهما كله لان الفعل متى اضيف
الى ما يقبل الوصف بالتجزي يتناول البعض دون الكل فوقع التسليم
الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن الدافع ولا يضمن القابض لان
مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما
اودعهما ولا يمكنهما الاجتماع عليه آناء الليل والنهار دوا امكنهما
المهاياة فكان المالك راضيا بدفع الكل الى احدهما في بعض الاحوال
قال واذا قال صاحب الوديعة للمودع لا تسلمها الى زوجتك
فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه ان يدفعها الى احد
من عياله فدفعها الى من لا بد عنه لم يضمن كما اذا كانت الوديعة دابة
فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ على يد النساء

فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو يحمل الاول لانه لا يمكن اقامة العمل مع مراعاة
هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو وان كان له منه بد ضمن لان الشرط مفيد فان
من العيال من لا يؤتمن على المال وقد امكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر
وان قال احفظها في هذا البيت فحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن لان الشرط
غير مفيد لان البيتين في دار واحدة لا يتفاوتان في الحرز وان حفظها في دار
اخرى ضمن لان الدارين تتفاوتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان
التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت
الذي نهاه عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال ومن اودع رجلا
وديعة واودعها آخر فهلكت فله ان يضمن الاول وليس له ان يأخذ الآخر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له ان يضمن ايهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول
لهما انه قبض المال من يد ضمين فضمنه كمودع الغاصب وهذا لان المالك
لم يرض بامانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيخير بينهما
غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر انه اودع
ملك نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول لانه قاصد له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة وله انه قبض المال من يد امين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور
رأيه فلا تعدي منها فاذا فارقه فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه لذلك اما
الثاني فمستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالوديع اذا
القت في حجره ثوب غيره قال ومن كان في يده الف فادعاها رجلان كل
واحد منهما انها له اودعها اياه وابى ان يحلف لهما فالالف بينهما وعليه
الف اخرى بينهما وشرح ذلك ان دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمال الصدق
فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتفاوت
الحقين وبابائه بذله القاضي جاذ لتعذر الجمع بينهما وعدم الاولوية ولو تشاحا
اقرع بينهما تطييبا لقلبهما ونفيا لتهمة الميل ثم ان حلف لاحدهما يحلف الثاني

وان حلف لاحدهما لعدم الحجة وان نكل اعني الثاني يقضى بالنكول له لوجود
الحجة وان نكل الاول يحلف الثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما اذا اقر لاحدهما لان الاقرار
حجة موجبة بنفسه فيقضى بها اما النكول انما يصير حجة عند القضاء به فجاز
ان يوجد ليحلف الثاني فينكشف وجه القضاء ولو نكل الثاني ايضا يقضى بينهما
نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحجة كما اذا اقاما البينة ويغرم
الفا اخرى بينهما لانه اوجب الحق لكل واحد منهما ببدله او باقراره وذلك حجة في
حقه وبالصرف اليهما صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف الآخر فيغرم فلو قضى
القاضي للاول حين نكل ذكر الامام علي البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير
انه يحلف الثاني فان نكل يقضى بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثاني
لانه يعدمه اما بنفسه او بالفرغ وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف رحمه الله
انه نفذ قضاؤه للاول ودوجيع المسئلة في العبد وانما نفذ لمصادفته محل الاجتهاد
لان من العلماء من قال يقضى للاول ولا ينتظر لكونه اقرارا دلالة ثم لا يحلف الثاني
ما هذا العبد لي لان نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه بالله ما لهذا
عليك هذا العبد ولا قيمته وهي كذا وكذا ولا اتلف منه مال ينبغي ان يحلفه عند
محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله بناء على ان المودع اذا اقر بالوديعة
ودفع بالقضاء الى غيره يضمنه عند محمد رحمه الله خلافا له فهذه فرع تلك المسئلة وقد وقع
فيه بعض الاضطراب

كتاب العارية

قال العارية جائزة لانه نوع احسان وقد استعار النبي عليه السلام دروعا
من صفوان وهي تمليك المنافع بغير عوض وكان الكرخي رحمه الله يقول هي اباحة
الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظة الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع
الجهالة لا يصح التمليك وكذلك يعمل فيه النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن
نقول انه ينبئ عن التمليك فان العارية من العرية وهي العطية ولهذا ينعقد
بلفظة التمليك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتمليك نوعان بعوض

وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة
ولفظ الاباحة استعير من التمليك كما في الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة
وهي تمليك وكذا الاعارة لا تفضي الى المنازعة لعدم اللزوم فلا تكون ضارة
ولان الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي يمنع
عن التحصيل فلا تحصل المنافع على ملكه ولا يملك الاجارة لدفع زيادة الضرر
على ما نذكر ان شاء الله تعالى قال ويصح بقوله اعرتك لانه صريح فيه ولعله
اذا لم يرد به الهبة لانها تمليك العين وعند عدم ارادته الهبة تحمل
على تمليك المنافع تجوزا قال واحد عند هذا العبد لانه اذن له في
استخدامه وداري لك سكنى لان معناه سكناها لك وداري لك عمرى سكنى
لانه جعل سكناها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسيرا لقوله لك لانه
يحتمل تمليك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال وللمعير ان يرجع في العارية
متى شاء لقوله عليه السلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع
تملك شيئا فشيئا على حسب حدوثها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض
فيصح الرجوع عنه قال والعارية امانة لو هلكت من غير تعد لم يضمن
وقال الشافعي رحمه الله يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لا على استحقاق
فيضمنه والاذن يثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب
الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء لنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام
الضمان لانه لتمليك المنافع بغير عوض او لاباحتها والقبض لم يقع تعديا
لكونه مأذونا فيه والاذن لو ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع
فلم يقع تعديا وان وجب الرد مؤنة كنفقة المستعار فانها على المستعير
لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في
العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال وليس للمستعير ان

يؤاجر ما استعاره فان آجره فعطب ضمن لان الاعارة دون الاجارة والشيء
لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صححناه لا يضمن الا لازما لانه حينئذ يكون
بتسليط من المعير ودفوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسد باب الاسترداد
الى انقضاء مدة الاجارة فابطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم
يتناوله العارية كان غصبا ولو شاء المعير ضمن المستاجر لانه قبضه بغير
اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستاجر لانه ظهر
انه آجر ملك نفسه وان ضمن المستاجر رجع على المؤاجر اذا لم يعلم انه
كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم قال وله
ان يعيره اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رحمه الله
ليس له ان يعيره لانه اباحة المنافع على ما بينا من قبل والمباح له لا يملك
الاباحة وهذا لان المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة اذ ما جعلناها
موجودة في الاجارة للضرورة وقد اندفعت الاباحة وانما لا يجوز فيما
يختلف باختلاف المستعمل دفعا لمزيد الضرر عن المعير لانه رضي
باستعماله لا باستعمال غيره قال رضي الله عنه وهذا اذا صدرت الاعارة
مطلقة وهو على اربعة اوجه احدها ان تكون مطلقة في الوقت
والانتفاع والمستعير لم ينتفع به اي نوع شاء في اي وقت شاء عملا
بالاطلاق والثاني لم تكون مقيدة فيهما وليس له ان يجاوز فيه ما
سماه عملا بالتقييد الا ان تكون خلافا الى مثل ذلك او الى خير منه
وللحفظ مثل الحفظ والثالثة لم تكون مقيدة في الوقت مطلقة في
حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له ان يتعدى ما سماه فلو
استعار دابة ولم يسم شيئا له ان يحمل ويعير غيره للحمل لان الحمل
لا يتفاوت وله ان يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا
لانه لما اطلق فله ان يعين حتى لو ركب بنفسه ليس له ان يركب غيره

لانه تعين للركاب قال وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون
والمعدود قرض لان الاعارة تمليك المنافع ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك
عينها فاقتضى تمليك العين ضرورة وذلك بالهبة او القرض اذ ما ينبت
او ان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فاقيم رد المثل مقامه قالوا هذا
اذا اطلق الاعارة اما اذا عين الجهة بان استعار دراهم ليعاير بها
ميزانا او يزين بها دكانا لم يكن قرضا ولا يكون له الا المنفعة المسماة وصار كما اذا
استعار آنية ليتجمل بها او سيفا ليتقلد به قال واذا استعار ارضا
ليبني فيها او ليغرس جاز والمعير لا يرجع فيها ويكلف قلع البناء والغرس ان شاء الرجوع
فلما بينا اما الجواز فلانها معلومة تعارف بالاجارة فكذا بالاعارة واذا صح
الرجوع بقي المستعير شاغلا ارض المعير فيكلف تفريغها ثم ان لم يكن وقت
الاعارة فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتقد اطلاق
العقد عن غير ان يسبقه منه الوعد ولئن كان وقت العارية فرجع قبل الوقت
صح رجوعه لما ذكرنا ولكنه يكره لما فيه من خلف الوعد وضمن المعير ما نقص
البناء والغرس بالقلع لانه مغرور من جهته حيث وقت له والظاهر من الوفاء
بالوعد فيرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه كذا ذكر القدوري رحمه الله في المختصر
وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله انه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه
وبنائه ويكونان له الا ان يشاء المستعير ان يرفعهما ولا يضمنه قيمتهما فيكون
له ذلك لانه ملكه قالوا اذا كان بالقلع ضرر بالارض فالخيار لرب الارض لانه
صاحب اصل والمستعير صاحب تبع والرجوع بالاصل ولو استعارها ليزرعها
لم يؤقت فيه حتى يحصد الزرع وقت او لم يوقت لان له نهاية معلومة وفي الزرع
مراعاة الحقين بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقلع دفعا للضرر
عن المالك قال واجرة رد العارية على المستعير لان الرد واجب عليه لما انه

انه قبضه لمنفعة نفسه والاجرة مؤنة الرد فيكون عليه واجرة رد العين
المستاجر على المؤاجر لان الواجب على المستاجر التمكين والتخلية دون
الرد فان منفعة قبضه سالمة للمؤاجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده واجرة
رد العين المغصوبة على الغاصب لان الواجب عليه الرد والاعادة الى
يد المالك دفعا للضرر عنه فيكون مؤنته عليه قال واذا استعار
دابة فردها الى اصطبل مالكها فهلكت لم يضمن وهذا استحسان وفي
القياس يضمن لانه ما ردها الى مالكها لانه ضيعها وجه الاستحسان
انه اتى بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار الملاك معتاد
كالى البيت فلو ردها الى المالك فالمالك يردها الى المرابط وان استعار
عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلم اليه لم يضمن لما بينا ولو رد المغصوب
او الوديعة الى دار المالك ولم يسلم اليه ضمن لان الواجب على الغاصب
فسخ فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بردها
الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضاه لما اودعها اياه بخلاف
العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها
الى المعير لعدم ما ذكرنا من العرف فيه قال ومن استعار دابة فردها
مع عبده او اجيره لم يضمن والمراد بالاجير ان يكون مساتهة او
او مشاهرة لانها امانة لان يحفظها بيد من في عياله كما في الوديعة بخلاف
الاجير المياومة ليس في عياله ولذا اذا ردها مع عبد رب الدابة او اجيره
لان المالك يرضى به الا يرى انه لو رده اليه فهو يرده الى عبده وقيل
هذا في العبد الذي يقوم على الدواب وفي غيره وهو الاصح
لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه احيانا ولئن ردها مع اجنبي
ضمن وذلك المسئلة على ان المستعير لا يملك الايداع قصدا كما قاله بعض
المشايخ وقال بعضهم يملكه لانه دون الاعارة واولوا هذه المسئلة بانه

الإعارة لانقضاء المدة قال ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب
أنك أطعمتني عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يكتب أنه أعرتني لأن لفظ الإعارة
موضوعة له والكتابة بالموضوع أولى كما في إعارة الدار وله أن لفظة
الإطعام أدل على المراد لأنها تخص الزراعة والإعارة تنتظمها وغيرها
كالبناء ونحوه فكانت الكناية بها أولى بخلاف الدار لأنها لا تعار إلا للسكنى

كتاب الهبة

الهبة عقد مشروع لقوله عليه السلام تهادوا تحابوا وعلى ذلك انعقد الإجماع
وتصح بالإيجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله
يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا
قوله عليه السلام لا تجوز الهبة إلا مقبوضة والمراد نفي الملك لأن الجواز يرادفه
ثابت ولأنه عقد تبرع وإثبات الملك قبل القبض إلزام المتبرع شيئا لم
يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لأن أوان ثبوت الملك
فيها بعد الموت ولا إلزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث
متأخر عن الوصية فلم يملكها وإن قبضها الموهوب له في المجلس بغير إذن
الواهب جاز استحسانا وإن قبض بعد الافتراق لم يجز إلا أن يأذن له
الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين لأن القبض تصرف
في ملك الواهب إذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون إذنه ولنا أن
القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث إنه يتوقف عليه ثبوت حكمه
وهو الملك والمقصود منه إثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على
القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لأن إثبات التسليط
فيه إلحاق له بالقبول والقبول يتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف
ما إذا نهاه عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعارض المقابلة الصريح
قال وتنعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطيت لأن الأول

صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال النبي عليه السلام أكل أولادك نحلت مثل
هذا وكذا الثالث يقال أعطاك الله ووهبك الله بمعنى وكذا تنعقد بقوله
أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء و
حملتك على هذه الدابة إذا نوى بالحمل الهبة أما الأول فلأن الإطعام إذا
أضيف إلى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين بخلاف ما إذا قال أطعمتك
هذه الأرض حيث يكون عارية لأن عينها لا يطعم فيكون المراد أكل غلتها
وأما الثاني فلأن حرف اللام للتمليك وأما الثالث فلقوله عليه السلام
من أعمر عمرى فهي له ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدابة
لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلأن الحمل هو الإركاب حقيقة فيكون
عارية لكنه يحتمل الهبة يقال حمل الأمير فلانا على فرس يراد به التمليك
فيحمل عليه عند نيته ولو قال كسوتك هذا الثوب يكون هبة لأنه يراد به
التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلانا ثوبا أي ملكه
منه ولو قال تحملت هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل ولو قال
دار لك هبة سكنى أو سكنى هبة فهي عارية لأن العارية تحكم في تمليك
المنفعة والهبة تحتملها وتحتمل العين فيحمل المحتمل على المحكم وكذا إذا قال
عمرى سكنى أو نحلى سكنى أو سكنى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما
قدمناه ولو قال هبة تسكنها فهي هبة لأن قوله تسكنها مشورة وليس
بتفسير فهو تنبيه على المقصود بخلاف قوله هبة سكنى لأنه تفسير
له قال ولا يجوز الهبة فيما يقسم إلا مجوزة مقسومة وهبة المشاع
فيما لا يقسم جائزة وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين لأنه عقد تمليك
فيصح في المشاع كالبيع بأنواعه وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو
الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع كالقرض والوصية
لنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا

لا يقبله الا بضم غيره اليه وذلك غير موهوب وهو في تجويزه الزام شيء لم
يلتزمه وهو القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض كيلا يلزمه التسليم
بخلاف ما لا يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفى به ولانه لا يلزمه
مؤنة القسمة والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة
لا تعين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح واما
البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولانها
عقود ضمان فتناسب لزوم القسمة والفرض تبرع من وجه وعقد
ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر دون القسمة عملا بالشبهين
لان القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدل
على نفس الشيوع قال ومن وهب شقصا فالهبة فاسدة لما ذكرنا فان
قسمه وسلمه جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوع قال ومن
وهب دقيقا في حنطة او دهنا في سمسم فالهبة فاسدة فان خلطه وسلم لم
يجز وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استحرجه
الغاصب بملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فوقع العقد باطلا فلا ينعقد
الا بالتجديد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتمليك وهبة اللبن في الضرع
والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل في الارض والثمر في النخيل بمنزلة
المشاع لان امتناع الجواز للاتصال وذلك يمنع القبض كالمشاع قال
اذا كان العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجدد فيه قبضا لان
العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض
في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الامانة اما قبض الهبة غير مضمون
فينوب عنه واذا وهب الاب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد
لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الهبة ولا فرق بينما اذا كان في يده
او في يد مودعه لان يده كيده بخلاف ما اذا كان مرهونا او مغصوبا

او مبيعا

او مبيعا فاسدا لانه في يد غيره او في ملك غيره والصدقة في هذا مثل
الهبة وكذا اذا وهبت له امه وهو في عيالها والاب ميت ولا وصي له و
كذلك كل من يعول له وان وهب له اجنبي هبة تمت بقبض الاب لانه يملك عليه من التصرف
الدائر بين النافع والضار فاولى ان يملك النافع واذا وهب لليتيم هبة
فقبضها له وليه وهو وصي الاب او جد اليتيم او وصيه لان لهؤلاء
ولاية عليه لقيامهم مقام الاب وان كان في حجر امه فقبضها له جاز لان
لها الولاية فيما يرجع الى حفظ وحفظ ماله وهذا من بابه لانه لا يبقى
الا بالمال فلا بد من التحصيل وكذا اذا كان في حجر اجنبي يربيه لان له عليه
يدا معتبرة الا يرى انه لا يتمكن اجنبي آخر ان ينزعه من يده فتملك ما يتمحض
نفعا في حقه وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز معناه اذا كان عاقلا
لانه نافع في حقه وهو من اهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها لها
بعد الزفاف لتفويض الاب امورها اليه دلالة بخلاف ما قبل الزفاف ويملكه
مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعول له غيرها حيث لا يملكونه الا بعد
موت الاب او غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرف هؤلاء للضرورة
لا بتفويض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال واذا وهب اثنان من
واحد درهما جاز لانهما سلماها جملة وهو قد قبضها جملة فلا شيوع ولو
وهبها واحد من اثنين لا يجوز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يصح لان هذه
هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق الشيوع كما اذا رهن من رجلين
دارا وله ان هذا هبة النصف من كل واحد ولهذا لو كانت فيما لا ينقسم فقبل
احدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهما في النصف فيكون التمليك كذلك
لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوع بخلاف الرهن لان حكمه الحبس
ويثبت لكل واحد منهما كله ولهذا لو قضى دين احدهما لا يسترد شيئا من الرهن
وفي الجامع الصغير اذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم او وهبها

لها جاز ولو تصدق بها على غنيين او وهبها لهما لم يجز فلا يجوز للغنيين
ايضا جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر والصلاحية ثابتة لان كل واحد منهما يملك
بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الاصل شيء فقال وكذلك
الصدقة لان الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق
على هذه الرواية ان الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد فلا شيوع
والهبة يراد بها وجه الغني وهما اثنان وقيل هذا هو الصحيح والمراد
بالمذكور في الاصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين دارا لاحدهما
ثلثيها وللآخر ثلثها لم يجز عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله عليهما وقال
محمد رحمه الله يجوز ولو قال احدهما نصفه وللآخر نصفه عن ابي يوسف رحمه الله
فيه روايتان فابو حنيفة رحمه الله مر على اصله وكذا محمد رحمه الله والفرق
لابي يوسف انه بالتنصيص على الابعاض تظهر انه قصده ثبوت الملك في
البعض فيتحقق الشيوع وهذا لا يجوز اذا رهن من رجلين ونص
على الابعاض والله اعلم

باب الرجوع في الهبة

قال واذا وهب هبة لاجنبي فله الرجوع فيها وقال الشافعي رحمه الله لا رجوع
فيها لقوله عليه السلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده
ولان الرجوع يضاد التمليك والعقد لا يقتضي ما يضاده بخلاف
هبة الوالد لولده على اصله لانه لا يتم التمليك لكونه جزءا له ولنا
قوله عليه السلام الواهب احق بهبته ما لم يثب منها اي لم يعوض
المقصود بالعقد هو التعويض العادة فيثبت له ولاية الفسخ عند
فواته اذ العقد يقابل والمراد بما روى نفي استبداد الرجوع واثباته
للوالد فانه يتملكه للحاجة وذلك يسمى رجوعا وقوله في الكتاب فله الرجوع
لبيان الحكم اما الكراهة فلازمة لقوله عليه السلام العائد في هبته كالعائد في
قيئه وهذا لاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها فقال الا ان يعوضه

عنها لحصول المقصود او تزيد زيادة متصلة لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون
الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال
او يموت احد المتعاقدين لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة
فصار كما اذا انتقل في حيوته واذا مات الواهب قوله اجنبي عن العقد
اذ هو ما اوجبه قال او تخرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل
بتسليطه فلا ينتقضه ولانه تجدد الملك بتجدد سببه قال وان وهب
لآخر ارضا بيضاء فانبت في ناحية منها نخلا او بنى بناء او دكانا او اراضيا وكان
ذلك زيادة فيها فليس له ان يرجع بشيء منها لان هذه زيادة متصلة وقوله
وكان ذلك زيادة فيها لان الدكان قد يكون صغيرا حقيرا لا يعد زيادة اصلا
وقد يكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمتنع الرجوع
في غيرها قال وان باع نصفها غير مقسوم رجع في الباقي لان الامتناع
بقدر المانع ولم يبع منها شيئا له ان يرجع في نصفها لان له ان يرجع
في كلها فكذا في نصفها بالطريق الاولى وان وهب هبة لذي رحم محرم منه
فلا رجوع فيها لقوله عليه السلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم منه لم يرجع
فيها ولان المقصود صلة الرحم وقد حصل وكذلك اذا وهب احد الزوجين
للآخر لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا
المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعدما وهب لها فله الرجوع
ولو ابانها بعدما وهب فلا رجوع قال واذا قال الموهوب له
للواهب خذ هذا عوضا عن هبتك او بدلا عنها او في مقابلتها فقبضه
الواهب سقط الرجوع لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي
معنى واحدا وان عوضه اجنبي من الموهوب له متبرعا فقبض الواهب
العوض بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيقع من الاجنبي كبدل
الخلع والصلح قال وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض لانه

لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة الا ان
يرد ما بقي لم يرجع وقال زفر رحمه الله يرجع بالنصف اعتبارا بالعوض
الآخر ولنا انه يصلح عوضا للكل من الابتداء وبالاستحقاق ظهر انه لا عوض
له الا هو الا انه يتخير لانه ما اسقط حقه في الرجوع الا ليسلم له كل العوض
ولم يسلم فله ان يرده قال وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع
في النصف الذي لم يعوض لان المانع حق النصف قال ولا يصح الرجوع
الا بتراضيهما او بحكم الحاكم لانه مختلف بين العلماء وفي اصله وهي وفي
حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا او بالقضاء حتى
لو كانت الهبة عبدا فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهلك لم يضمن
لقيام ملكه فيه وكذا اذا هلك في يده بعد القضاء لان اول القبض
غير مضمون وهذا دوام عليه الا ان يمنع بعد طلبه لانه تعدى واذا
رجع بالقضاء او بالتراضي يكون فسخا من الاصل حتى لا يشترط قبض
الواهب ويصح في الشايع لان العقد وقع جايزا موجبا حق الفسخ
فكان بالفسخ مستوفيا حقا ثابتا له فيظهر على الاطلاق بخلاف الرد
بالعيب بعد القبض لان الحق هناك في وصف السلامة لا في الفسخ فافترقا
قال وان تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن
الموهوب له لم يرجع على الواهب بشيء لانه قد تبرع فلا يستحق فيه
السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة
الرجوع لا في غيره قال واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض
في العوضين ويبطل بالشيوع لانه هبة ابتداء فان تقابضا صح
العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية ويستحق فيه
الشفعة لانه بيع انتهاء وقال زفر رحمه الله هو بيع ابتداء وانتهاء
لان فيه معنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني

ولهذا كان بيع العبد نفسه اعتاقا ولنا انه اشتمل على جهتين
فيجمع بينهما ما امكن عملا بالشبهين وقد امكن لان الهبة من حكمها تأخر
الملك الى القبض وقد تتراخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه اللزوم
وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد
منه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل**
قال ومن وهب جارية الا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء
لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الحمل لكونه وصفا
على ما بيناه في البيوع فانقلب شرطا فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط
الفاسدة بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو اعتق ما في
بطنها ثم وهبها لم يجز لان الحمل بقي على ملكه فلم يكن شبيه الاستثناء ولا
يمكن تنفيذ الهبة فيه لمكان التدبير فبقي هبة المشاع وهبة شيء هو
مشغول بملك المالك فان وهبها له على ان يردها عليه او على ان يعتقها
او يتخذها ام ولد او وهب له دارا او تصدق عليه بدار على ان يردها
عليه عينا منها او يعوضه شيئا منها فالهبة جايزة والشرط باطل
لان هذه الشروط تخالف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل
بها الا ترى ان النبي عليه السلام اجاز العمرى وابطل شرط العمر بخلاف
البيع لانه عليه السلام نهى عن بيع وشرط لان الشرط الفاسد في معنى
الربوا وهو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال ومن
له على آخر الف درهم فقال وهبت لك الف منها بريء او قال اذا اديت
الي النصف فلك نصفه او انت بريء من النصف الباقي فهو باطل لان
الابراء تمليك من وجه واسقاط من وجه وهبة الدين ممن عليه الدين
ابراء وهذا لان الدين مال من وجه ومن هذا الوجه كان تمليكا وولهذا
من وجه ومن هذا الوجه كان اسقاطا ولهذا قلنا انه يرتد بالرد ولا

يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي
يحلف بها كالطلاق والعتاق فلا يتعداها والعمرى جائزة
للمعمر حال حيوته ولورثته من بعده لما روينا ومعناه ان يجعل داره
له عمره واذا مات ترد عليه فيصح التمليك ويبطل الشرط لما
روينا وقد بينا ان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة والرقبى باطل
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله جائزة لان قوله داري
لك تمليك وقوله رقبى شرط فاسد كالعمرى ولهما ان النبي عليه السلام
اجاز العمرى ورد الرقبى ولان معنى الرقبى عندهما ان مت قبلك فهي لك
واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التمليك بالخطر
فيبطل واذا لم يصح يكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الانتفاع
به

فصل في الصدقة

والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع
كالهبة لا يجوز في مشاع يحتمل القسمة لما بينا في الهبة ولا رجوع في
الصدقة لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على
غني استحسانا لانه قد يقصد بالصدقة على الغني الثواب وكذا اذا
وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال ومن نذر
ان يتصدق بماله يتصدق بخمس ما يجب فيه الزكوة ومن نذر ان يتصدق
بملكه يتصدق بالجميع وروي انه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه
الروايتين في مسائل القضاء ويقال له امسك ما تنفقه على نفسك وعيالك
الى ان تكتسب مالا فاذا اكتسب تصدق بمثل ما انفق وقد ذكرناه من قبل

كتاب الاجارات

الاجارة عقد يرد على المنافع بعوض لان الاجارة في اللغة بيع المنافع
والقياس يأبى جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة
التمليك الى ما هو موجود لا تصح الا انا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت

بصحتها الآثار منها قوله عليه السلام اعطوا الاجير اجره قبل ان يجف عرقه
وقوله عليه السلام من استأجر اجيرا فليعلمه اجره وتعقد ساعة فساعة
على حسب حدوث المنفعة والدراهم اقيمت مقام المنفعة في حق اضافة العقد
اليها لارتباط الايجاب بالقبول ثم عملة نظرا الى حق المنفعة ملكا واستحقاقا
حال وجود المنفعة ولا يصح حتى يكون المنافع معلومة والاجرة معلومة
لما روينا ولان الجهالة في المعقود عليه وبدله تفضي الى المنازعة كجهالة
الثمن والمثمن في البيع وما جاز ان يكون ثمنا في البيع جاز ان يكون اجرة
لان الاجرة ثمن المنفعة فيعتبر بثمن المبيع وما لا يصلح ثمنا يصلح اجرة
ايضا كالاعيان فهذا اللفظ لا ينفي صلاحيته عبرة لانه عوض مالي والمنافع
تارة تصير معلومة كاستيجار الدور للسكنى والارضين للزراعة فيصح
العقد على مدة معلومة اي مدة كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر
المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله اي مدة كانت اشارة
الى انه يجوز طالت المدة او قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها
غير ان في الاوقاف لا يجوز الاجارة الطويلة بل لا بد من استئجار جزء
ملكها وهي ما زاد على ثلث سنين هو المختار قال وتارة تصير معلومة
بنفسه كمن استأجر رجلا على صبغ ثوبه او خياطته او استأجر دابة
ليحمل عليها مقدارا معلوما او مسافة سماها لانه اذا بين الثوب ولون
الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة
صارت المنفعة معلومة فيصح العقد وربما يقال الاجارة قد تكون عقدا
على العمل كاستيجار القصار والخياط ولا بد ان يكون العمل معلوما وذلك
في الاجير المشترك وقد يكون عقدا على المنفعة كما في الاجير الواحد ولا بد
من بيان الوقت قال وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة
كمن استأجر رجلا بان ينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم لانه اذا

أداه ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد
والله أعلم

باب الأجر متى يستحق

قال الأجرة تجب بالعقد وتستحق بأحد معان ثلاثة إما بشرط التعجيل أو بالتعجيل
من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه وقال الشافعي رحمه الله تملك بنفس
العقد لأن المنافع المعدومة صارت موجودة حكما فيرون تصحيح العقد
فيثبت الحكم فيما يقابله من البدل ولنا أن العقد ينعقد شيئا فشيئا على حسب
حدوث المنفعة على ما بينا والعقد معاوضة ومن ضرورة المساواة فيه
مرون التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الآخر وإذا استوفى
المنفعة يثبت الملك في الأجر لتحقق التسوية وكذا إذا شرط التعجيل أو عجل
بغير شرط لأن المساواة ثبتت حقا له وقد أبطله وإذا قبض المستأجر الدار
فعليه الأجر وإن لم يسكنها لأن تسليم غير المنفعة لا يتصور فإنما تسليم
المحل بإقامته إذ التمكن من الانتفاع يثبت به فإن غصبها غاصب من يده سقط
الأجرة لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام المنفعة للتمكن من الانتفاع فإذا
فات التمكن فات التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر وإن وجد الغصب في
بعض المدة سقط بقدره إذ الانفساخ في بعضها وسواء استأجر دارا أو أرضا
أن يطالبه بأجر كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة إلا أن يشترط وقت
الاستحقاق بالعقد لأنه بمنزلة التأجيل وكذلك إن تراضيا بينهما
استأجر بعيرا إلى مكة فللجمال أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة
مقصود وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة
وانتهاء السفر وهو قول زفر رحمه الله لأن المعقود عليه جملة المنافع في المدة فلا
يتوزع الأجر على أجزائها كما إذا كان المعقود عليه هو العمل ووجه القول المرجوع
هو أن القياس يقتضي استحقاق الأجر ساعة فساعة ليتحقق
المساواة إلا أن المطالبة في كل ساعة تفضي إلى أن لا يتفرغ لغيره فينتظر

به فقدرنا بما ذكرنا وإن كان الأجير يعمل بيده وكل يوم
حتى يفرغ من العمل لأن العمل في البعض غير منتفع به فلا يستوجب به
الأجر وكذا إذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الأجر قبل الفراغ لما بينا قال
إلا أن يشترط التعجيل لما مر أن الشرط فيه لازم ومن استأجر حمالا ليحمله
له في بيته فقيرا من دقيق بدرهم لم يستحق الأجر حتى يخرج الخبز من التنور لأن
تمام العمل بالإخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الإخراج لا أجر له لأنه
قبل التسليم فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الأجر لأنه صار
مسلما بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لأنه لم يوجد منه الجناية قال رضي الله عنه
وهذا في حنيفة رحمه الله لأنه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه
ولا أجر له لأنه مضمون عليه فلا يتبرأ إلا بعد حقيقة التسليم وإن شاء ضمنه
الخبز وأعطاه الأجر ومن استأجر طباخا ليطبخ له طعام الوليمة فالعرف
عليه إعيادا للعرف ومن استأجر إنسانا ليضرب له لبنا استحق أجره
إذا أقامه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحقها حتى يشرجه لأن
التشريج من تمام عمله إذ لا يؤمن الفساد قبله فصار كالإخراج من التنور
ولأن الأجير هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولأبي حنيفة
أن العمل قد تم بالإقامة والتشريج عمل زائد كالنقل إلا أنه ينتفع به
قبل التشريج بالنقل إلى موضع العمل بخلاف ما قبل الإقامة لأنه طين
منتشر وبخلاف الخبز لأنه غير منتفع به قبل الإخراج وله وكل صانع
لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي
الأجر لأن المعقود عليه عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه غير معتد بالحبس
فبقي أمانة كما كان عنده ولا أجر له لحصول المعقود عليه قبل التسليم وعند
أبي يوسف ومحمد رحمهما الله عليهما العين كانت مضمونة قبل الحبس فكذا بعده
لكنه بالخيار إن شاء ضمنه قيمته غير معمول ولا أجر له وإن شاء عمله

وله الاجر وسنبين من بعد ان شاء الله تع وكل صانع ليس لعمله اثر في العين فليس له
ان يحبس العين للاجر كالخياط والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم
في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الخياطة وهذا
بخلاف الاجير حيث يكون للراعي حق حبسه استيفاء الجعل ولا اثر لعمله لانه
كان على شرف الهلاك وقد احياه فكانه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي
ذكرناه مذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله ليس له حق الحبس في الوجهين
لانه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فسقط حق الحبس ولنا ان الايصال
بالمحل ضرورة اقامة العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث انه تسليم فلا يسقط
حق الحبس كما اذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال واذا شرط على
الصانع ان يعمل بنفسه فليس له ان يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل الصنع في
محل بعينه فيستحق عينه كالمنفعة في محل بعينه وان اطلق له العمل فله
ان يستاجر من يعمله لان المستحق عمل في ذمته ويمكن ايفاؤه بنفسه وبالاستعانة
بغيره بمنزلة ايفاء الدين **فصل** ومن استاجر رجلا ليذهب
الى البصرة فيجيء بعياله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه
لانه اوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراده اذا كانوا
معلومين واذا استاجر ليذهب بكتابه الى فلان بالبصرة ويجيء بجوابه
فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر له وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له الاجر في الذهاب لانه اوفى بعض المعقود
عليه وهو قطع المسافة وهذا لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون
حمل الكتاب لخفة مؤنته ولهما ان المعقود عليه نقل الكتاب لانه هو المقصود
او وسيلة اليه وهو العلم بما في الكتاب لكن الكلام معلق به وقد نقضه
الاجر كما في الطعام وهي المسألة التي تلي هذه المسألة وان ترك الكتاب في ذلك
المكان فلا يستحق الاجر بالذهاب بالاجماع لان الحمل لم ينتقض وان استاجر

ليذهب بطعام الى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلانا ميتا فرده فلا اجر
له في قولهم جميعا لانه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف
مسألة الكتاب على قول محمد رحمه الله لان المعقود عليه هناك قطع المسافة
وانفرق ان حمل الطعام عمله واقامة مشقة
على ما مر والله اعلم **باب**
ما يجوز للاجارة وما يكون خلافا فيها
قال ويجوز استيجار الدور
والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها لان العمل المتعارف فيها السكنى
فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصح العقد وله ان يعمل كل شيء للاطلاق
الا انه لا يسكن حدادا ولا قصارا ولا صفارا لان فيه ضررا ظاهرا لانه
يوهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة ويجوز استيجار الاراضي
للزراعة لانه منفعة مقصودة فيها وللمستاجر الشرب والطريق لان الاجارة
تعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما فيدخلان في مطلق العقد بخلاف البيع
لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الحشيش
والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ولا
يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها لانها قد تستاجر للزراعة ولغيرها وما
يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كيلا تقع المنازعة او يقول على ان يزرع
ما شاء لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة
قال ويجوز ان يستاجر الساحة ليبني فيها او ليغرس فيها نخلا او
شجرا لانها منفعة تقصد بالاراضي ثم اذا انقضت مدة الاجارة لزمه
ان يقلع البناء والغرس ونبتها فارقه لانه لا نهاية لها ففي ابقائها اضرار
بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت والزرع بقل حيث يترك باجر المثل
الى زمان الادراك لان له نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال
ان اختار صاحب الارض ان يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتملكه وهذا برضا
صاحب الغرس والشجر الا ان تنقص الارض بقلعها فحينئذ يتملكها بغير رضاه

قال او يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا لان الحق له فله
ان لا يستوفيه قال وفي الجامع الصغير اذا انقضت الاجارة وفي الارض
رطبة فانها تقلع لان الرطاب لا نهاية لها فاشبه الشجر قال ويجوز استئجار
الدواب للركوب والحمل لانه منفعة معهودة فان اطلق الركوب جاز ان يركب
من شاء عملا باطلاق العقد اذا ركب بنفسه او اركب واحدا ليس له ان يركب
غيره لانه تعين مرادا من الاصل والناس يتفاوتون في الركوب فصار كانه
نص على ركوبه وكذلك اذا استاجر ثوبا للبس واطلق فيما ذكرنا من الاطلاق
اللفظ وتفاوت الناس في اللبس ولو قال على ان يركبها فلان او يلبسه
فلان فاركبها غيره او البسه غيره فعطب كان ضامنا لان الناس يتفاوتون
ويتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له ان يتعداه وكذلك كل ما يختلف
باختلاف المستعمل لما ذكرنا واما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل
اذا شرط سكنى واحد فله ان يسكن غيره لان التقييد غير مفيد لعدم التفاوت
والذي يضر بالبناء فارج على ما ذكرناه قال وان سمى نوعا او قدر الحمل
على الدابة مثل ان يقول حنطة او قفيزا حنطة فله ان يحمل ما هو مثل الحنطة
في الضرر او اقل كالشعير والسمسم لانه دخل تحت الاذن لعدم
التفاوت او لكونه خيرا من الاول وليس له ان يحمل عليها مثل وزنه
حديدا لانه ربما يكون اضر بالدابة فان الحديد يجتمع في موضع
من ظهره والقطن ينبسط على ظهره وان استاجرها ليركبها فاردف
معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا معتبر بالنقل لان الدابة
يتعقرها حمل الراكب الخفيف ويجحف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية
ولان الادمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر بعدد الراكب
كعدد الجناة في الجنايات ولو استاجرها ليحمل عليها مقدارا
من الحنطة فحمل عليها الثلث منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانه

لانه عطب بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم
عليهما الا اذا كان حملا لا يطيقه مثل تلك الدابة فحينئذ يضمن كل قيمتها
لعدم الاذن فيها اصلا لخروجه عن العادة ولو لطم الدابة بلجامها
او ضربها فعطبت ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل
فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان عاملا
باذنه فلا يضمنه وله ان ابي حنيفة رحمه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة
لتحقق السوق بدونه واما هما فالمبالغة فيتقيد بوصف السلامة كالمرور
في الطريق وان استاجرها الى الحيرة فجاوز بها الى الغادسية ثم ردها
الى الحيرة فنفقت فهو ضامن وكذلك العارية قيلنا ويلزم هذه المسئلة
اذا استاجرها ذاهبا لا جائيا ليمتهن العقد بالوصول الى الحيرة
فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك بمعنى انه اذا استاجرها
ذاهبا وجائيا يكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق
قيل الجواب مجرى على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ
مقصودا فبقي الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى
نائب المالك وفي الاجارة والعارية يصير الحفظ مأمورا به تبعا للاستعمال
لا مقصودا اما اذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائبا فلا يبرأ بالعود
وهذا اصح ومن اكترى حمارا ليسرج فنزع ذلك السرج واسرجه بسرج
مثله لحمر فلا ضمان عليه لانه اذا كان مماثلا لا يتناوله اذن المالك
اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائدا عليه في الوزن فيضمن
الزيادة ولو كان لا يسرج بمثله لحمر ضمن لانه لم يتناوله الاذن من جهته
فصار مخالفا ولو اوكفه باكاف لا يوكف لحمر مثله يضمن لما قلنا السرج
وهذا اولى وان اوكفه باكاف يوكف لمثله لحمر ضمن عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يضمن لحسابه لانه اذا كان يوكف لمثله لحمر كان عدوا السرج سواء

فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زايدا على السرج في الوزن فيضمن
الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كالزيادة في الحمل المسمى اذا كانت من
جنسه ولابي حنيفة رحمه الله ان الاكاف ليس من جنس السرج لانه للحمل
والسرج للركوب وكذا يتبسط اثرهما على ظهر الدابة ما لا ينبسط
عليه الآخر فكان مخالفا كما اذا حمل الحرير وقد شرط له الحنطة وان
استاجر حمالا ليحمل له متاعا في طريق كذا فاخذ في طريق غيره يسلكه
الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر وهذا اذا لم يكن
بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان
يضمن لصحة التقييد فانه مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان
طريقا يسلكه الناس فلم يفصل وان طريقا لا يسلكه الناس فهلك
ضمن لانه صح التقييد فصار مخالفا وان بلغ فله الاجر لانه ارتفع
الخلاف معنى ان بقي صورة والـــ وان حمله في البحر فيما يسلكه الناس
ضمن لفحش التفاوت بين البحر والبر وان بلغ فله الاجر لحصول المقصود
وارتفاع الخلاف معنى ومن استاجر ارضا ليزرعها حنطة فزرعها
دخبة ضمن ما نقصها لان الرطاب اضر بالارض من الحنطة لانتشار
عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر فيضمن
ما نقصها ولا اجر له لانه غاصب الارض على ما قررنا من قبل ومن
دفع الى خياط ثوبا ليخيطه قميصا بدرهم فخاطه قباء فان شاء ضمنه قيمة
الثوب وان شاء اخذ القباء واعطاه اجر مثله لا يجاوز به درهما قيل
معناه القرطق الذي هو خوطاق لانه يستعمل استعمال القباء وقيل
هو مجرى على اطلاقه لانهما يتقاربان في المنفعة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه يضمنه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص وجه الظاهر
انه قميص من وجه فانه يشد وسطه وينتفع به انتفاع القميص فجاز المخالفة

والموافقة فيميل الى اي جهتين شاء الا انه يجب اجر المثل المقصود جهة
الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة
على ما نبينه ان شاء الله تعالى ولو خاطه سراويل وقد امر بالقبا قيل
يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير لان الخلاف في اصل
المنفعة وصار كمن امر بضرب حسن من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا

باب الاجارة الفاسدة

قال الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع لانه بمنزلته الا ترى
انه عقد يقال ويفسخ والواجب في الاجارة الفاسدة اجر المثل لا يجاوز
به المسمى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب بالغا ما بلغ اعتبارا
ببيع الاعيان ولنا ان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد لحاجة
الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها لان الفاسد يثبت له ويعتبر
ما يجعل بدلا في الصحيح عادة لكنهما اذا اتفقا على مقدار في الفاسد
فقد اسقطا الزيادة واذا نقص اجر المثل لم تجب تلك المسمى لفساد
التسمية بخلاف البيع لان العين متقوم في نفسه وهو الموجب الاصلي
فان صحت التسمية انتقل عنه والا فلا ومن استاجر دارا كل شهر بدرهم
فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الا ان يسمي جملة الشهور
معلومة لان الاصل ان كلمة كل اذا دخلت فيما لا نهاية له تنصرف
الى الواحد لتعذر العمل بالعموم وكان الشهر الواحد معلوما فصح
العقد فيه ولم يكن للمؤاجر ان يخرجه الى ان يمضي ذلك كل شهر سكن
اوله لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الا ترى انه لو
في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية ان
يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها
لان في اعتبار الاول بعض الضرر وان استاجر دارا سنة بعشرة دراهم

جاز وان لم يسم قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم
فصار كما جاز شهرا واحدا فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء
المدة مما سمى وان لم يسم شيئا فهو من الوقت الذي استاجره لان الاوقات
كلها في الاجارة على السواء في شبه اليمين بخلاف الصوم لان الليالي
ليست بمحل له ثم ان كان العقد حين يهل الهلال فشهور السنة كلها بالاهلة لانها هي الاصل وان كان في اثناء الشهر فالكل بالايام عند
ابي حنيفة رح وهو رواية عن ابي يوسف رح وعند محمد رح وهو رواية
عن ابي يوسف رح لها الاول بالايام والباقي بالاهلة لان الايام يصار
اليها ضرورة وهي في الاول منها وله انه متى تم الاول بالايام ابتدى
الثاني بالايام ضرورة فهكذا الى آخر السنة ونظيره العدة وقد مر
في الطلاق قال ويجوز اخذ اجرة الحمام والحجام اما الحمام فلتعارف
الناس فلم تعتبر الجهالة لاجماع المسلمين قال عليه السلام ما رآه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن واما الحجام فلما روي انه عليه السلام احتجم واعطى الحجام
الاجرة ولانه استيجار على عمل معلوم باجر معلوم فيقع جائزا ولا يجوز
اخذ اجرة عسب التيس وهو ان يؤاجر فحلا لينزو على الاناث لقوله عليه
السلام ان من السحت عسب التيس والمراد اخذ الاجر عليه قال ولا الاستيجار
على الاذان والحج وكذا الامامة وتعليم القرآن والفقه والاصل ان
كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستيجار على عمل معلوم غير
متعين عليه فيجوز لنا قوله عليه السلام اقرؤا القرآن ولا تاكلوا به
وفي آخر ما عهد رسول الله عليه السلام الى عثمان بن ابي العاص وان اتخذت
مؤذنا فلا تاخذ على الاذان اجرا ولان القربة متى حصلت وقعت
عن العامل ولهذا يعتبر اهليته فلا يجوز له اخذ الاجر من غيره كما في
الصوم والصلوة ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى

قوله وليس هذا الفرق الى آخره ذكر
الشيخ الفرق بين الوديعة والاجارة
والاعارة والاستكراء بانه ذكر في الوديعة
لفظ الاخذ وهو سبب الضمان اما في الاجارة
واخواتها فقد ذكر الورود وهو ليس
بموجب للضمان لان الرد فعل الغير وهو
المقر له فلا يكون اقرارا على نفسه لم
يوجب الرد وقال ابو الحسن القدوري
هذا الفرق ليس بشيء لان محمدا رحمه الله
ذكر في كتاب الاقرار لفظ الاخذ ايضا
في الاجارة واخواتها وذكر فيهما انه
قال اخذت هذا الدرهم اخرانه اخذها منه
وهو المقر له والفرق الصحيح ما ذكر
في هذا الكتاب ان اليد ليست بمقصودة
بل هي تصير يدا بالانتفاع فلم تثبت
اليد في حكم الانتفاع في حاجة ولم يبق
له اليد ايضا لانتهاء الاجارة اما في
حق سجاف على المقر خلافا لابي يوسف
لانه يثبت قصدا فاعتبر مطلقا لان
قصدي يثبت بشروط والضمني
بشروط المقتضي

من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح وبعض مشايخنا
رحمهم الله استحسنوا الاستيجار على تعليم القرآن اليوم لانه ظهر التواني في الامور
الدينية ففي الامتناع تضييع حفظ القرآن المحلية الفتوى قال ولا يجوز
الاستيجار على الغناء والنوح وكذا سائر الملاهي لانه استيجار على المعصية
والمعصية لا تستحق بالعقد قال ولا يجوز اجارة المشاع عند ابي حنيفة رحمه الله
الا من الشريك وقالا اجارة المشاع جائزة وصورته ان يؤاجر نصيبا من دار
او نصيبه من دار مشتركة من غير الشريك لهما ان المشاع منفعة ولهذا
يجب اجر المثل والتسليم ممكن بالتخلية او بالتهايؤ فصار كما اذا آجر من شريكه او
من رجلين وصار كالبيع وله ان ابي حنيفة رحمه الله انه آجر ما لا يقدر على تسليمه فلا
يجوز وهذا لان تسليم المشاع وحده لا يتصور والتخلية اقتدرت تسليما
لو توجه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكن ولا تمكن في المشاع
بخلاف البيع لحصول التمكن فيه واما التهايؤ فانما يستحق حكما للعقد بواسطة الملك وحكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد وشرط
الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا واما اذا آجر من شريكه فالكلام كذلك
على ما بيناه فلا شيوع هو الاختلاف في النسبة لا يضر على انه لا يصح في رواية
الحسن عنه وبخلاف الشيوع الطاري لان القدرة على التسليم لبس شرطا
للبقاء وبخلاف اذا آجر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوع بنفرق
الملك فيما بينهما طاري وقال ويجوز استيجار الظئر باجرة معلومة
لقوله تعالى فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن ولان التعامل به كان
جاريا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقبله واقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع
على المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام بشؤن اللبن يستحق على طريق التبع
بمنزلة الصبغ في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة
ولهذا لو ارضعته بلبن شاة لا تستحق الاجر والاول اقرب الى الفقه لان عقد

الإجارة لا ينعقد على إتلاف الأعيان مقصودا كما إذا استأجر بقرة ليشرب
لبنها وسببت العذر عن الإرضاع بلبن شاة إن شاء الله تعالى وإذا ثبت ما
ذكرنا يصح إذا كانت الأجرة معلومة اعتبارا بالاستيجار على الخدمة قال
ويجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز لأن
الأجرة مجهولة فصار كما إذا استأجرها بالخبز والطبخ وله أن الجهالة فيه لا
تفضي إلى المنازعة لأن العادة التوسعة على الأظآر شفقة على الأولاد
فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لأن الجهالة فيه تفضي إلى المنازعة
وفي الجامع الصغير فإن سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها
وذرعها فهو جائز بالإجماع وهو معنى تسمية الطعام الدراهم إن جعل الأجرة دراهم
ثم يرتفع الطعام مكانه وهذا لا جهالة فيه ولو سمى الطعام وبين قدره جاز أيضا
لما قلنا ولا يشترط تأجيله لأن أوصافها أثمان ويشترط بيان مكان الإيفاء
عند أبي حنيفة رحمه الله لما بينا وقد ذكرناه في البيوع وفي الكسوة يشترط بيان
الأجل أيضا مع بيان القدر والجنس لأنه إنما يصير دينا في الذمة إذا صار
مبيعا وإنما يصير مبيعا عند الأجل كما في السلم قال وليس للمستأجر أن
يمنع زوجها من وطيها لأن الوطء حق الزوج فلا يمكن من إبطال حقه الآخر
أتى له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به صيانة لحقه إلا أن المستأجر يمنعها
عن غشيانها في منزله لأن المنزل حقه فإن حبلت كان لهم أن يفسخوا الإجارة
إذا خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن الحامل يضر الصبي ولهذا كان
لهم الفسخ إذا مرضت أيضا وعليها أن تصلح طعام الصبي لأن العمل عليها
والأصل أنه تعتبر فيه الأنفع عليه العرف في مثل هذا الباب فما جرى به العرف
العرف من عمل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك على الظئر أما
الطعام فعلى الدلالة وما ذكر محمد رحمه الله أن الدهن والريحان على الظئر
فذلك من عادة أهل الكوفة فإن لم ترضعه بلبن شاة فلا أجر لها لأنها لم تأت

بعمل مستحق عليها وهو الإرضاع فإن هذا إيجار وليس بإرضاع فإنما
لم يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل قال ومن دفع إلى حائك
غزلا لينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا إذا استأجر حمارا ليحمل
طعاما بقفيز منه فالإجارة فاسدة لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله
فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه النبي عليه السلام وهو أن
يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه وهذا أصل كبير
يعرف به فساد كثير من الإجارات لا سيما في ديارنا والمعنى فيه أن
المستأجر عاجز عن تسليم الأجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لأن حصوله
بفعل الأجير فلا يعد هو قادرا بقدرة غيره وهذا بخلاف ما إذا استأجر
ليحمل نصف طعامه بالنصف لأن الأجر حيث لا يجب الأجر ولا المسمى لأن
المستأجر ملك الأجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهما ومن استأجر
رجلا ليحمل طعاما مشتركا بينهما لا يجب الأجر لأن ما من جزء يحمله إلا وهو
عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه قال ولا
يجاوز بالأجر قفيزا لأنه لما فسدت الإجارة فالواجب للأقل مما سمي ومن
أجر المثل لأنه رضي بحط الزيادة وهذا بخلاف ما إذا اشتركا في الاحتطاب
حيث يجب للأجير بالغا ما بلغ عند محمد رحمه الله لأن المسمى هناك غير
معلوم فلم يصح الحط قال ومن استأجر رجلا ليخبز له هذه العشرة
المخاتيم اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف
ومحمد رحمهما الله الإجارة جائزة لأنه يجعل المعقود عليه العمل ويجعل
ذكر الوقت للاستعجال تصحيحا للعقد فيرتفع الجهالة لقوله إن المعقود
عليه مجهول لأن ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكر
العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجيح ونفع المستأجر في الثاني
ونفع الأجير في الأول فيفضي إلى المنازعة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يصح اليوم

الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمى عملا لانه للظرف فكان المعقود عليه
العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق ومن استاجر ارضا
على ان يكريها ويزرعها او يسقيها ويزرعها فهو جائز لان المزارعة تسمى
بالعقد ولا تسمى المزارعة الا بالسقي والكراب فكان كل واحد منهما مستحقا
وكل شرط هو من صفته يكون من مقتضيات العقد فذكره لا يوجب الفساد
فان اشترط ان تلتبنها او يكري انهارها او يشرفها فهو فاسد لانه
يبقى اثره بعد انقضاء المدة فانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة
لاحد المتعاقدين وما هذا حاله يوجب الفساد لان مؤجر الارض يصير
مستاجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقتان في
صفقة وهو منهي عنه ثم قيل المراد بالتلبين ان يردها ملروبة ولا
شبهة في فساده وقيل ان يكريها مرتين وهذا موضع تخرج الارض الريع
بالكراب مرة والمدة سنة واحدة وان كانت ثلاث سنين لا يبقى منفعته
فليس المراد ملوى الانهار الجداول بل المراد منه الانهار العظام هو
الصحيح لانه يبقى منفعته في العام القابل قال وان استاجرها
ليزرعها بزراعة ارض اخرى فلا خير فيه وقال الشافعي رحمه الله هو جائز
وعلى هذا الاجارة السكنى بالسكنى والكسوة بالكسوة والركوب بالركوب
له المنافع بمنزلة الاعيان حتى جازت الاجارة باجرة دين ولا يصير
دينا بدين ولنا ان الحبس بانفراده يحرم النسأ عندنا فصار كبيع الخمر
والخنزير بالقوهي نسيئة والى هذا اشار محمد رحمه الله ولان الاجارة جوزت
بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف
جنس المنفعة قال واذا كان الطعام بين رجلين فاستاجر احدهما
صاحبه او حمار صاحبه على ان يحمل نصيبه يحمل الطعام كله فلا اجر له وقال
الشافعي رحمه الله له المسمى لان المنفعة عنده وبيع العين شايعا جائز

وصار كما اذا استاجر دابة مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام
او عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا انه استاجره لعمل لا وجه
له لان الحمل فعل حسي لا يتصور في الشايع بخلاف البيع لانه تصرف
حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر وهو ان يحمل من
حمله الا وهو نصيبه شريكه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق التسليم بخلاف
الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها
بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك
نصيب صاحبه وانه امر حكمي يمكن انتفاعه في الشايع ومن استاجر
ارضا ولم يذكر انه يزرعها او اي شيء يزرعها فالاجارة فاسدة لان الارض
تستاجر للزراعة ولغيرها وكذا ما يزرع فيها مختلف فمنه ما يضر بالارض
ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوما فان زرعها ومضى الاجل
فله المسمى وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع
فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان ان الجهالة ارتفعت قبل تمام
العقد فينقلب جائزا كما اذا ارتفعت في حال العقد وصار كما اذا استقرضا
الاجل المجهول قبل مضيه والجهالة الزائلة في المدة قال ومن استاجر
حمارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمل عليه يحمل ما يحمل الناس فينفق
نصف الطريق فلا ضمان عليه لان العين المستاجرة امانة في يد المستاجر
وان كانت الاجارة فاسدة فان هلك بعد ذلك فله اجر المسمى استحسانا على ما
ذكرنا في المسئلة الاولى وان اختصما قبل ان يحمل عليه وفي المسئلة الاولى قبل
ان يزرع نقضت الاجارة رفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد والله اعلم

باب ضمان الاجير

قال الاجير على ضربين اجير مشترك واجير خاص فالمشترك من لا يستحق
الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ لان المعقود عليه اذا كان

هو العمل اذا ثبت كان له ان يعمل للعاقلة لان منافعه لم تصر مستحقة
لواحد ممن هذا الوجه يسمى مستوكا قال والمتاع امانة في يده لانه
لا يضمن شاهدنا في حقه رحمه الله وهذا قول زفر رحمه الله ويضمن عندهما
الا من شيء غالب كالحريق الغالب والعدو الكابر لهما ما روي عن عمر وعلي
رضي الله عنهما انهما يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ
لا يمكنه العمل الا به فاذا هلك بسبب لا يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة
كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت باجر بخلاف ما لا يمكن
الاحتراز عنه كالموت حتف انفه والحريق الغالب وغيره لانه لا تقصير
من جهته ولابي حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل
باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التحرز عنه لا يضمنه ولو كان مضمونا
لضمنه كما في المغصوب والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا فلهذا
لا يقابله الاجر بخلاف المودع باجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا
حتى يقابله الاجر قال وما تلف من عمله كتخريق الثوب من دقه
ودلق الخل وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحمل وغرق السفينة
من ملاحه مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل
مطلقا فيتناوله سليم المعيب والسليم وجاء كالاجير الوحد
وبعين الغصب هو لنا ان الداخل تحت الاذن ما هو الداخل تحت العقد
وهو العمل الصالح لانه هو الوسيلة الى الاجر وهو المعقود عليه حقيقة
حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد ماذونا فيه بخلاف
المعير لانه متبرع ولا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن
فيه يعمل بالاجر فامكن تقييده وبخلاف الاجير الوحد على ما نبينه ان شاء الله
وانقطاع الحبل من قلة احتراسه فكان من صنيعه قال الا ان لا يضمن
بني آدم ممن غرق في السفينة او سقط من الدابة وان كان بسوقه

وقوده لان الواجب ضمان الآدمي وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية
ولهذا يجب على العاقلة وضمان العقود لا يتحمله العاقلة قال
واذا استاجر من يحمل له دنا من الفرات فوقع في بعض الطريق
فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا اجر له وان
شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر واعطاه اجره بحسابه
اما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعثار او بانقطاع الحبل
وكل ذلك من فعله واما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والخل
شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر
وهو ان ابتداء الحمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند
الكسر فيميل الى ايهما شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما
استوفى وفي الاول لا اجر له لانه ما استوفى اصلا قال واذا عقد
الفصاد او بزغ البزاغ ولم يجاوز الموضع المعتاد فلا ضمان عليه
فيما عطب من ذلك وفي الجامع الصغير بيطار بزغ دابة رجل
بدانق فنفقت او حجام حجم عبدا بامر مولاه فمات لا ضمان عليه وفي كل
واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه انه لا يمكن التحرز عن السراية
لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح
من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما قدمناه لان قوة الثوب ودقته
تعرف بالاجتهاد فامكن القول بالتقييد قال وللاجير الخاص الذي
يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استوجر شهرا للخدمة
او لرعي الغنم وانما سمي اجيرا وحدا لانه لا يمكنه ان يعمل لغيره لانه منافع
في المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بالمنافع ولهذا ينبغي للاجير
مستحقا وان نقص العمل قال ولا ضمان على الاجير الخاص فيما تلف
في يده ولا ما تلف من عمله اما الاول فلان العين امانة في يده لانه قبض باذنه

وهذا ظاهر عنده وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك نوع انصاف
عندهما لصيانة اموال الناس وعند ابي حنيفة الاجير الوحد لا يتقبل الاعمال فيكون
السلامة غالبا فيه فخرج فيه بالقياس فاما الثاني فلان المنافع متى صارت
مملوكة للمستأجر فاذا امره بالتصرف فيها كان صحيحا وتصير نائبا منابه فصار
فعله مشغولا اليه كانه فعل بنفسه فلهذا لا يضمن والله اعلم

باب الاجارة على احد الشرطين

واذا قال الخياط ان خطت هذا الثوب فارسيا فبدرهم وان خطته رومي فبدرهمين
جاز وايّ عمل من هذين العملين عمل استحق الاجر به وكذا اذا قال الصباغ
ان صبغته بعصفر فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا حمله
بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بخمسة او هذه الدار الاخرى بعشرة
وكذا اذا اكتراه بين مسافتين مختلفتين بان قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة
بكذا او الى واسط بكذا وكذا اذا اكتراه بين ثلاثة اشياء وان اكتراه بين شيئين
لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير انه لا بد من شرط
الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجر انما يجب بالعمل وعند ذلك
يصير المعقود عليه معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فيتحقق الجهالة
على وجه لا ترتفع المنازعة الا باثبات الخيار ولو قال لئن خطته اليوم فبدرهم
وان خطته غدا فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم ولئن خاطه غدا فله
اجر مثله عند ابي حنيفة رحمه الله لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص
من نصف درهم ولا يزاد على درهم وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هذه الشرط
وقال زفر رحمه الله الشرطان فاسدان لان الخياطة شيء واحد وقد ذكر مقابلته بدلان
على البدل فكان مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتراخي
فيجتمع في كل يوم تسميتان ولهما ان ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعليق
فلا يجتمع في كل يوم تسميتان وان التعجيل والتأخير مقصود فنزل منزلة

اختلاف النوعين وعند ابي حنيفة رحمه الله ان ذكر الغد للتعليق حقيقة ولا يمكن
جعل اليوم على الساقط لان فيه فساد العقد لاجتماع الوقت والعمل و
اذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول ويجب المسمى و
يفسد الثاني ويجب اجر المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم
الثاني فيعتبر لمنع الزيادة ويعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه اولى من غيره ومصرح نصف درهم الا الدرهم
في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند ابي حنيفة رحمه الله هو الصحيح
لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى بعد الغد اولى ولو قال لئن
اسكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم ولئن اسكنت حدادا فبدرهمين جاز وايهما
الامر من فعل استحق المسمى فيه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا الاجارة فاسدة وكذلك
ان استأجر بيتا على انه ان سكن فيه فبدرهم ولئن سكن فيه حدادا فبدرهمين فهو
جائز عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة فبدرهم
ولئن جاوزها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويختلف الخلاف وان استأجرها
الى الحيرة على انه ان حمل عليها كر شعير فبنصف درهم ولئن حمل عليها كر حنطة
فبدرهم فهو جائز في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وجه قولهما ان المعقود
عليه مجهول وكذا الاجر احد الشيئين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف
خياطة الرومية والفارسية لان الاجر يجب بالعمل وهذه يرتفع الجهالة اما في
هذه المسائل يجب الاجر بالتخلية والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل
عندهما وابو حنيفة رحمه الله انه خير بين عقدين مختلفين فيصح كما في
مسئلة الرومية والفارسية وهذا لان سكناه بنفسه كما ان اسكانه الحداد
الا ترى انه لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في اخواتها والاجارة تعقد
للانتفاع وعنده يرتفع الجهالة ولو احتيج الى الالحاق بمجرد التسليم يجب اقل الاجرين
للتيقن به

باب اجارة العبد

ومن استأجر عبدا للخدمة فليس له ان يسافر به الا ان يشترط ذلك لان خدمة

السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا يتناوله الاطلاق ولهذا جعل السفر قدرا
فلانه من لوازمه كاسكان الحداد والمقصار في الدار ولان التفاوت
بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الحضر لا يبقى غيره داخلا كما في
الركوب ومن استاجر عبدا محجورا عليه شهرا واعطاه الاجر فليس
للمستاجر ان ياخذه منه لان الاجر واصله ان الاجارة صحيحة استحسانا اذا
وقع من العمل والقياس ان لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر غير
انا اذا هلك العبد وجه الاستحسان ان التصرف نافع على اعتبار الفراغ
شائعا ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة
واذا جاز لم يكن للمستاجر ان ياخذه ومن غصب عبدا فاجره لعبد
نفسه فاخذ الغاصب الاجر فاكله فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هو ضامن لانه اكل مال الغير بغير اذنه اذ الاجارة قد صحت على ما مر
وله ان الضمان يجب باتلاف محرز ولا تقوم به وهذا غير محرز اذ حق الغاصب
لان العبد لا يحرز نفسه عنه فكيف يحرز ما في يده وان وجد المولى الاجر
فاخذه يعيده اخذه لانه وجد عين ماله وكون قبض العبد للاجر في قولهم جميعا
لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر ومن استاجر عبدا
هذين الشهرين شهرا اربعة وشهرا الخمسة فهو جائز والاول منهما اربعة
لان الشهر المذكور اولا ينصرف الى ما يلي العقد تحريا للتعجيل او نظرا الى تعجيل
الحاجة فينصرف الثاني الى ما يلي الاول ضرورة ومن استاجر عبدا شهرا بدرهم
فقبضه في اول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو آبق او مريض فقال آبق
او مريض حين اخذته وقال المولى لم يكن ذلك الا قبل ان تاتيني بالاجر
فالقول قول المستاجر وان جاء به وهو صحيح فالقول قول المؤاجر لانهما
اختلفا في امر محتمل فيرجع تحكيم الحال اذ هو دليل على ما تقدم من قبل وهو
يصلح مرجحا ان لم يصلح حجة في نفسه اجله الاختلاف في جريان ما الظاهر
وانقطاعه

باب الاختلاف

قال واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال صاحب الثوب امرتك ان تعمله
قباء وقال الخياط قميصا او قال صاحب الثوب للصباغ امرتك ان
تصبغه احمر فصبغته اصفر وقال الصباغ لا بل امرتني اصفر فالقول
لصاحب الثوب لان الاذن مستفاد من جهته الا ترى انه لو انكر اصل
الاذن كان القول قوله فكذا اذا انكر صفته لكن يحلف لانه انكر شيئا
لو اقر به لزمه قال واذا حلف الخياط ضامن ومعناه ما مر من قبل
انه بالخيار ان شاء ضمنه وان شاء اخذه واعطاه اجر مثله واذا
كبر في مسئلة الصبغ اذا حلف ان شاء ضمنه قيمة ثوب ابيض وان
شاء اعطاه اجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه
ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب وان قال صاحب الثوب عملته
لي بغير اجر وقال الصباغ بالاجر فالقول لصاحب الثوب لانه ينكر تقوم
عمله اذ هو مقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه فالقول
قول المنكر وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان الرجل اجيرا له اي خليطا
له فله الاجر والا فلا لان سبق ملكه يعين جهة الطلب باجر جريا على
عادتهما وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر
فالقول قوله لانه لما فتح الحانوت لاجله جرى مجرى التنصيص على الاجر
اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله ابو حنيفة رحمه الله لانه منكر والجواب
عن استحسانهما ان الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق

باب فسخ الاجارة

قال ومن استاجر دارا فوجدها خربة يضر بالسكنى فله الفسخ
لان المعقود عليه المنافع وانها توجد شيئا فشيئا فكان هذا عيبا حادثا
قبل القبض فيوجب الخيار كما في البيع ثم المستاجر اذا استوفى المنفعة

فقد مضى بالعقد فيلزم جميع البدل كما في البيع وان فعل المؤاجر ما ازال
به العيب فلا خيار للمستاجر لزوال سببه قال واذا خربت الدار او انقطع
شرب الضيعة او انقطع الماء عن الرحا انفسخت الاجارة لان المعقود عليه
قد فات وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض
وموت العبد المستاجر ومن اصحابنا رحمهم الله من قال لا ينفسخ
لان المنافع فاتت على وجه يتصور عودها فاشبه الآبق في البيع وعن محمد رحمه
ان الآجر لو بناها ليس للمستاجر ان يمتنع ولا الآجر وهذا تنصيص منه على
انه لم ينفسخ ولكنه انفسخ ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير
الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه واذا مات احد المتعاقدين
و الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقا بالعقد الاول لنقل بالموت الى الوارث
وذلك لا يجوز وان عقدها لغيره لم ينفسخ مثل الوكيل والوصي والمتولي
في الوقف لانه لم ما اشرنا اليه من المعنى قال ويصح شرط الخيار في
وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستاجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله
لو كان الخيار له لفوات بعضه ولو كان للمؤاجر فلا يمكنه التسليم ايضا
على الكمال وكذلك يمنع الجواز ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض
فيه في المجلس فجاز من اشتراط الخيار فيه كالبيع والخلع بينهما دفع
وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار
الشرط بخلاف البيع وهذا لان رد الكل ممكن في البيع دون الاجارة فيسقط
فيه دونه ولهذا يخير المستاجر على التفريق اذا سلم المؤاجر بعد مضي بعض
المدة قال وتنفسخ الاجارة بالاعذار عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تنفسخ
الا بالعيب لان المنافع عنده تملك بالاعيان حتى يجوز العقد عليها فاشبه
البيع ولنا ان المنافع غير مقبوضة وهي المعقود عليها فصار العذر في

في الاجارة كالعيب قبل القبض في البيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد
عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به وهذا هو معنى العذر
عندنا وهو كمن استاجر جملا ليقلع ضرسه لوجع به فيسكن الوجع او
استاجر طبيبا فابرأه الوجع او استاجر حجاما ليحجمه فاحتجم فانه ينفسخ الاجارة لان
المعقود عليه الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وكذا من استاجر دكانا في السوق
ليتجر فيه فذهب ماله وكذا من آجر دكانا او دارا ثم افلس ولزمه ديون لا
يقدر على قضائها الا بثمن ما آجر فسخ القاضي العقد وباعها في الدين لان
في الجري على موجب العقد الزام ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهو الحبس
لما انه قد لا يصدق على عدم مال آخر لم يوله فسخ القاضي اسناد الى ان يفتقر
الى قضاء القاضي في النقض وهكذا ذكره الزيادات في غرر الدين وقال
في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا انه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل
على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه ان مثل هذا العيب قبل
القبض في المبيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول انه فصل مجتهد فيه
فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا
يحتاج الى القضاء وان كان غير ظاهر كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر
ومن استاجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له من السفر فهو عذر لانه لو مضى على
موجب العقد يلزمه ضرر زائد لانه ربما يدهمه الحج ويزهق روحه او يطلب غريمه محبوسا
او للتجارة فافتقر ولزم الكاري فليس ذلك بعذر انه يمكنه ان يعقد و
يبعث الدواب على يد امين او احين ولو مرض المؤاجر فقعد فكذا الجواب
على رواية الاصل وروى الكرخي رحمه الله انه عذر لانه لا يعرى عن ضرر فيدفع عنه
عند الضرورة دون الاختيار ومن آجر عبده ثم باعه فليس بعذر لانه لا يلزمه
ما مضى على موجب العقد انما يفوته الاسترباح وانه امر زائد واذا استاجر
الخياط غلاما فافلس وترك العمل فهو عذر لانه يلزمه الضرر بالمضي على

موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس المال وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه
اما الذي يخيط باجر فرأس المال الخيط والمخيط والمقراض فلا يستحق الا فلا
فيه وان اراد ترك الخياطة وان يعمل في الصرف فليس بعذر لانه يمكنه ان يعقد
العلام للخياطة ويناجره وهو يعمل في الصرف في ناحية وهذا بخلاف ما اذا
استاجر دكانا للخياطة واراد ان يتركها ويشتغل بغيرها حيث جعله عذرا
ذكر في الحيل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين اما ههنا العامل يخيط
فامكنه ومن استاجر غلاما للخدمة في المصر ثم سافر فهو عذر لانه لا يعرى عن
الزام ضرر زائد لان حرمة السفر اشق من المنع من السفر ضرر وكذلك
لم يستحق بالعقد فيكون عذرا كما لو كان اذا اطلق امرأته يتقيد بالحضر بخلاف
ما اذا آجر العقار ثم سافر لانه لا ضرر اذ المستاجر يمكنه استيفاء المنفعة
بعد عيبته حتى لو اراد المستاجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر
او الزام اجر دون السكنى وذلك ضرر والله اعلم

مسائل شتى

قال ومن استاجر ارضا ليستعادها فاحترق الحصايد فاحترق من الارض
الاخرى فلا ضمان عليه لانه غير متعدي في هذا السبب فاشبه جاذب النار
دار نفسه وقيل هذا اذا كانت الرياح هادئة لم تعرف اما اذا كانت
مضطربة يضمن لان موقد النار حينئذ يعلم انها لا تستقر في روضه قال
واذا اتفق الخياط او الصباغ في حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز
استحسانا
لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته
يعمل فيستقيم بذلك المصلحة فلا يضره الجهالة فيما يحصل ومن باع جملا
يحمل عليه محمله ذاهبا وراكبا الى مكة جاز وله الحمل المعتاد في الناس لا يجوز بمجهول
وهو قول الشافعي رحمه الله للجهالة وقد يفضي الى المنازعة وجه الاستحسان
ان المقصود هو الراكب وهو معلوم والحمل تابع له وما فيه من الجهالة
يرتفع بالصرف الى المتعارف فلا يفضي الى المنازعة وكذا اذا لم يذكر

الوطاء والذي يظهر وان شاهد الحال الجمل وهو اجود لانه انفى للجهالة
واقرب الى تحقق الرضا قال وان استاجر بعيرا ليحمل عليه مقدارا من
فاكل منه في الطريق جاز لانه يؤدي عوض الكل لانه استحق عليه جملا مسمى
في جميع الطريق فله ان يستوفيه وكذا غير الزاد من المكيل او الموزون
ورد الزاد مختلا عند البعض كرد الماء فلا مانع من العمل بالاطلاق

كتاب المكاتب

قال واذا كاتب عبده او امته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك
صار مكاتبا اما الجواز فلقوله تع فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا
وهذا ليس امرا بالكتابة باجماع بين الفقهاء وانما هو امر ندب هو الصحيح
ففي الحمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه اما الندبية
تعلقه به والمراد بالخير المذكور على ما قيل ان لا يضر بالمسلمين بعد
العتق فان كان يضرهم فالافضل ان لا يكاتبه وان كان يضر لو
فعل هو اما اشتراط قبول العبد فلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه
ولا يعتق الا باداء كل البدل لقوله عليه السلام اما عبد كوتب على
مائة دينار فاداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه السلام
المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم وما
اختاره قول زيد رضي الله عنه وتعرف بادلته وكم يقل المولى اذا
اديتها فانت حر لان موجب العقد يثبت من غير التصريح به كما في البيع
ولا يجب حط شيء من البدل كما قاله البعض اعتبارا بالبيع قال
ويجوز ان يشترط المال حالا ويجوز موجلا ومنجما وقال الشافعي
رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من تجنيم لانه عاجز عن التسليم في زمان القليل
لعدم الاهلية قبله للرق بخلاف السلم على اصله لانه اهل الملك فكان
احتمال القدرة ثابتا وندخل الاقدام على العقد عليها فيثبت لنا

ظاهر ما تلونا من غير شرط التنجيم ولانه عقد معاوضة والبدل
معقود به فاشبه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف
السلم على اصلنا لان المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه
ولان مبنى الكتابة على المسامحة فيحتمل المولى ظاهر الخلاف السلم
لان مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد في الرق
قال ويجوز كتابة العبد الصغير اذا كان يعقل الشراء والبيع لتحقق
الايجاب والقبول اذ العاقل من اهل القبول والتصرف نافع في
حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على صحة اذن الصبي في
التجارة وهذا بخلاف ما اذا كان لا يعقل البيع والشراء لان القبول
لا يتحقق منه فلا ينعقد العقد حتى لو ادى عنه غيره لا يعتق ويسترد
ما دفع ومن قال لعبده جعلت عليك الفا تؤديها الي نجوما اول نجم
كذا وآخره كذا فاذا ادّيتها فانت حر وان عجزت فانت رقيق فان هذا
مكاتبة لانه اتى بتفسير الكتابة وقال ان ادّيت الي الفا فانت حر
فانت حر فهذا مكاتبة في رواية ابي سليمان رحمه الله لان التنجيم يدل على الوجوب
وذلك بالكتابة وفي نسخ ابي حفص رحمه الله لا يكون مكاتبة اعتبارا
بالتعليق بالدار مثله قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى
ولم يخرج من ملكه اما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم
فضم مالكية يده الى مالكية نفسه او لتحقق مقصود الكتابة وهو
اداء البدل فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر وان نهاه
المولى واما عدم الخروج من ملكه فلما روينا ولانه عقد معاوضة و
بناؤه على المساواة ويعدم ذلك بتنجيز العتق وتحقق تاخيره لانه
ثبت له نوع مالكية وثبت له الذمة حتى لو اعتقه عتق بعتقه
لانه مالك لرقبته وسقط عنه بدل الكتابة لانه ما التزمه الا مقابلا بالحصول

العتق هو قد حصل دونه قال واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر
لانها صارت اخص باجزائها توسلا الى المقصود بالكتابة وهو الوصول
الى البدل من جانبه والى الحرية من جانبها بناء على صحة ما مع البضع ملحقة
بالاجزاء والاعيان ولو جنى عليها او على ولدها لزمه الجناية لما
بينا وان اتلف مالها لم يغرم لان المولى كالاجنبي في حق اكسابه ونفسه
اذ لو لم يجعل كذلك لم يتلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد

فصل في المكاتبة الفاسدة

واذا كاتب المسلم عبده على خمر او
خنزير او على قيمته والكتابة فاسدة اما الاول فلان الخمر والخنزير لا يستحقه
المسلم لانه ليس بمال في حقه ولا يصلح بدلا فيفسد العقد واما الثاني
فلان القيمة مجهولة قدرا وجنسا ووصفا فتفاحشت الجهالة فصار كما
اذا كاتبه على ثوب او دابة ولانه نص على ما هو موجب العقد الفاسد
لانه وجب للقيمة قال فان ادى الخمر عتق وقال زفر رحمه الله لا يعتق
الا باداء القيمة لان البدل هو القيمة وعن ابي يوسف رحمه الله انه يعتق
باداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق باداء القيمة ايضا لانه هو البدل معنى
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما يعتق باداء عين الخمر اذا قال ان ادّيتها
فانت حر لانه حينئذ يكون العتق بالشرط وصار كما اذا كاتبه على ميتة
او دم ولا حصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة
ان الخمر مال في الجملة فامكن اعتبار معنى العقد فيه وهو جهة العتق
عند اداء العوض المشروط اما الميتة ليس بمال اصلا فلا يمكن
اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص
عليه فاذا اعتق باداء عين الخمر لزمه ان يسعى في قيمته لانه وجب عليه
رد رقبته لفساد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في
البيع الفاسد اذا تلف المبيع قال ولا ينقص عن المسمى ويزاد

عليه لان عقد فاسد فيجب القيمة عند هلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في
البيع الفاسد وهذا لان المولى ما رضي بالنقصان والعبد رضي بالزيادة كيلا
يبطل حقه في العتق اصلا فيجب بالغة ما بلغت وقيمة اذ الكتابة على قيمته يعتق
باداء القيمة لانه هو البدل وامكن اعتبار معنى التعريف واثر الجهالة في
الفساد لكنه في اداء الكتابة على ثوب حيث لا يعتق باداء ثوب لانه لا يوقف
على مراد العاقد لاحتمله في اجناسه ولا يتم العتق بدون اداء ثوب قال
وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجز لانه لا يقدر على تسليمه وبراءة
ذمته شيء بعينه لغيره حتى لو قال كاتبتك على هذه الالف من الدراهم وهي
لغيره جاز لانها لا تتعين في المعاوضات فيتعلق بدراهم دين في الذمة
فيجوز وعن ابي حنيفة رحمه الله رواية الحسن انه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق
وان لم يرد الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهومة
فاشبه الصداق قلنا العين في المعاوضة معقود عليه والقدرة على المعقود
عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كما في البيع بخلاف الصداق في
النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع
اولى فلو اجاز صاحب العين ذلك وعن محمد رحمه الله انه يجوز البيع
الاجارة والكتابة اولى وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجوز اعتبارا بالقدم
الاجارة على ما قال في الكتاب والجامع انه لا يفيد ملك المكاتب وهو المقصود
لانه يثبت الحاجة الى الاداء منه ولا حاجة فيما اذا كان البدل عينا معينا
والمسئلة فيه على ما بيناه وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجوز اجارة ذلك اذا لم يجز العين لانه
غير انه عند الاجازة يجب تسليم عينه وعند عدمها يجب تسليم قيمته كما في النكاح
والجامع صحة التسمية لكونه مالا ولو ملك المكاتب ذلك العين وعن ابي حنيفة
رحمه الله رواية ابي يوسف رحمه الله انه اذا اداه لا يعتق على هذه الرواية
فلا يجوز ذكره

الشرط وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله وعنه انه يعتق بالاداء ذلك اذا لم يقل لان
العقد يعتمد الفساد لكون المسمى مالا يتعلق باداء المشروط ولو كاتبه
على عين في يد المكاتب فيه روايتان وهي المسئلة الكتابة على الاعيان وعن ذلك
في الاصل وقد بينا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال وان كاتبه
على مائة دينار على ان يرد المولى عبدا بغير عينه فالكتابة فاسدة عند ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله هي جائزة ويقسم المائة الدينار على
قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصة العبد ويكون مكاتبا
بما بقي لان العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة ويصرف الى الوسط فكذا
يصلح مستثنى منه وهو الاصل في ابدال العقود ولهما انه لا يستثنى العبد
من الدنانير وانما يستثنى قيمته والقيمة لا يصلح بدلا فكذلك مستثنى قال
واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة ومعناه ان بين
الجنس ولا يبين النوع والصفة ويصرف الى الوسط ويجبر على قبوله
القيمة وقد مر في النكاح اما اذا لم يبين الجنس مثل ان يقول دابة
لا يجوز لانه يشمل اجناسا مختلفة فتفاحش الجهالة واذا بين الجنس
كالعبد والفرس والبقر والغنم
بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة
واشبه البيع ولنا انه معاوضة بغير مال او بمال لكن على وجه يسقط
الملك فيه واشبه النكاح والجامع انه يبتنى على المسامحة بخلاف البيع
لانه مبني على المماكسة قال واذا كاتب النصراني عبده على خمر وهو حائز
معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لانه مال في حقهم صالح للخروج
حقنا وايهما اسلم فللمولى قيمة الخمر لان المسلم ممنوع عن تملك الخمر وتملكها
وفي التسليم ذلك اذا كان الخمر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته
وهذا بخلاف ما اذا تبايع الذميان خمرا ثم اسلم احدهما قبل القبض حيث

نفسد البيع على ما قاله لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجملة فان الكاتب
على وصيف وأتى بالقيمة يجبر على القبول فجاز ان تبقى العقد على القيمة اما البيع
فلا يعقد صحيحا على القيمة فافترقا قال فاذا قبضها عتق لان في الكتابة
معنى المعاوضة اذا جعل احد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر
للعبد وذلك العتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلما لم يجز الكتابة لان المسلم
ليس من اهل التزام الخمر ولو ادى لها عتق وقد بيناه من قبل والله اعلم

باب ما يجوز للمكاتب ان يفعله

قال ويجوز للمكاتب البيع والشراء والسفر لان موجب الكتابة ان يصير حرا يدا
وذلك بالقدرة على التصرف مبتدأ به تصرفا موصلا الى مقصوده
وهو نيل الحرية بادائه البدل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا
السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فيحتاج الى المسافرة وملك
البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يحابي في صفقة ليربح في
اخرى قال فان شرط عليه ان لا يخرج من الكوفة فله ان يخرج استحسانا
لان هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو ملكه اليد على وجه الاستبداد
وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لانه شرط لا يتمكن في
صلب العقد وعقده لا يفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع و
النكاح فالحقناها بالبيع في شرط يكون في صلب العقد كما اذا شرط خيارا
لانه في البدل وبالنكاح في شرط لم يمكن في صلب هذا اصل ونقول
ان الكتابة في جانب العبد اعتاق لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص
العبد فاعتبر اعتاقا في حق هذا الشرط والاعتاق لا يبطل بالشروط سهر القياس
القياس قال ولا يتزوج الا باذن المولى لان الكتابة تكرر الجرح قيام
الملك صرورة التوسل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه ويجوز باذن
المولى لان الملك له ولا يهب ولا يتصدق الا بالشيء اليسير لان الهبة

والصدقة تبرع وهو غير مالك لملكه الا ان الشيء اليسير من ضرورات
التجارة لانه لا يجد بدا من اضافة او اعارة يجتمع عليه الجاهزون ومن ملك
شيئا ملك ما هو من ضروراته ونوابعه ولا يكفل لانه تبرع محض وليس هذا
من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفسا وبالاذن كل ذلك
تبرع ولا يقرض لانه تبرع ليس من الاكتساب فان وهب على عوض لم يجز لانه
تبرع ابتداء فان زوج امته جاز لانه اكتساب المال فانه يتملك به المهر
فدخل تحت العقد قال وكذلك ان كاتب عبده والقياس ان لا يجوز وهو
قول زفر والشافعي رحمهما الله لان مالية العتق والمكاتب ليس من اهله كالاعتاق
على مال وجه الاستحسان انه عقد اكتساب المال فيملكه كتزويج الامة وكالبيع
وقد يكون هو انفع من البيع لانه لا يزيل الملك الا بعد وصول البدل اليه
والبيع يزيله قبله ولهذا يملكه الاب والوصي ثم هو يوجب الملك مثل
ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب وقوعا هو بائن قال
فان الثاني قبل ان يعتق الاول فولاؤه للمولى لان له فيه نوع ملك وصح
اضافة الاعتاق اليه في الجملة فاذا انعقد اضافة الى مباشر العقد لعدم
الاهلية اضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئا ثبت الملك للمولى لعدم
اثباته للعبد لانه ليس هو من اهل الملك فلو ادى الاول بعد ذلك وعتق
لا ينتقل الولاء اليه لان المولى يجعل معتقا والولاء لا ينتقل عن المعتق
وان ادى الثاني بعد عتق الاول فولاؤه له لان العاقد من اهل ثبوت الولاء
وهو الاهل فيثبت له قال وان اعتق عبده على مال او باعه نفسه
او زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه اما
الاول فلانه اسقاط الملك عن رقبته واثبات الدين في ذمة المفلس وكذا
الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة واما الثالث فلانه تنقيص للعبد و
تعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لاستفادة

المهر على ما مر قال وكذلك الأب والوصي في الرقيق الصغير منزلة المكاتب
لأنهما ملكان الاكتساب كالمكاتب ولأن في تزويج الأمة والكتابة نظرا للمولى ولا نظر
فيما سواهما والولاية نظرية قال وأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله له أن يزوج
أمته وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشريك شركة عنان هو
قاسه على المكاتب واعتبره بالإجارة ولهما أن المأذون له ملك التجارة
وهذا ليس بتجارة وأما المكاتب فملك الاكتساب وهذا من الاكتساب
وأنه إبدال المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الإجارة وهي مبادلة
المال بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد

فصل

وإذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه دخل في كتابته لأنه من أهل المكاتب
وإن لم يكن من أهل الاعتاق فيجعل مكاتبا تحقيقا للمقابلة بقدر الإمكان
ألا ترى أن الجزء منه كان في ملك الاعتاق يعتق عليه وإن اشترى ذا رحم
محرم منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يدخل
بقرابة الولاد إذ وجوب الصلة منتظمهما ولهذا لا يفترقان في
حق الحرية وله أن للمكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفي للمقابلة
والولاد جنى لأن القرار على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفي
لغيرهما حتى لا يجب نفقة الأخ إلا على الموسر ولأن هذه قرابة توسطت
بين ذي رحم وقرابة الولاد فألحقناها بالثاني في حق العتق وبالأول
في الكتابة كان للآخر فسخه وإذا اعتق لم يكون له فسخه قال
وإذا اشترى أم ولد دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها ومعناه
إذا كان معها ولد أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرنا وأما
امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه السلام أعتقها ولدها
ولأن لم يكن معها ولد فكذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

لأنها أم ولد له حلالا فأبو حنيفة رحمه الله له أن القياس لم يجوز بيعها
وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف ولا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ
إلا أن ثبت هذا الحق لهما إذا كان معها ولد تبعا للتبرئة في الولد بناء عليه
ودون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس يأبيه وأن ولد له ولد من أمته له
دخل في كتابته لما بينا في المشتري فكان حكمه كحكمه وكسبه له لأن كسب الولد
كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك
إذا ولدت المكاتبة ولدا لأن حق امتناع البيع ثابت فيها مؤكدا أيضا
إلى الولد كالتدبير والاستيلاد قال ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبهما
فولدت منه ولدا دخل في كتابتها وكان كسبه لها لأن تبعية الأم أرجح
ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال وإذا تزوج المكاتب بإذن مولاه امرأة
فجاءت بأولاد فولدت منه ثم استحقت فأولادها عبيد ولا يأخذهم
بالقيمة وكذلك العبد يأذن له المولى بالتزوج وهذا عند أبي حنيفة
وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله أولادها أحرار بالقيمة
لأنه شبهة في الحرية وهذا الحق وهو الغرور وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لينال
حرية الأولاد ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الأصل
أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية خالفناه في الحر بإجماع الصحابة
رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك محبوس بقيمة ناجزة
وههنا بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتاق فيبقى على الأصل ولا يلحق به قال
وإن وطئ المكاتب أمته على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل
أقر بوطئه منه في المكاتبة ولزم وطؤها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى
يعتق وكذلك المأذون له ووجه الفرق لزفر في الفصل الأول ظهر الدين في
حق المولى لأن الكتابة وتوابعها داخلة تحت الكتابة وهذا الإقرار من توابعها
لأنه لولا الشراء لما سقط الحد وما لم يسقط الحد لا يجب العقر إذا لم يظهر في
الفصل الثاني

لان النكاح ليس من الاكتساب في شيء ولا يسلم الكتابة كالكفالة والـ واذا
المكاتب جاريته شراء فاسدا ثم وطيها فردها لاخرى بالعقر في المكاتبة وكذلك
العبد المأذون له لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا وتارة يقع
فاسدا والكتابة والاذن يتنظمانه بنوعيه كالتوكيل فكان ظاهرا في المولى حتى لو

فصل

واذا ولدت المكاتبة من المولى فهي بالخيار ان شاءت مضت
على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت ام ولده لانه تلقتها جهتا جزية
عاجلة ببدل وآجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى
وهو جزء لان المولى يملك الاعتاق في ولدها وماله من الملك يكفي لصحة
الاستيلاد بالدعوة واذا مضت على الكتابة اخرت العقر من مولاها لاختصاصها
نفسها وهما فيها على ما قدمناه ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط
عنها بدل الكتابة فان ماتت وتركت مالا تؤدي منه مكاتبتها وما بقي ميراث
لابنها جزءا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر
ولو ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا ان يدعي لحرمة وطيها عليه فلو لم
يدع وماتت من غير وفاء يسعى هذا الولد لانه مكاتب تبعا لها فلو مات المولى
بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه تبين ان ام الولد هو ولدها فيتبعها
فالـ ولد المكاتب المولى ام ولده حاد لحاجتها الى استفادة الحرية قبل
الموت وذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقتها جهتا جزية وان مات المولى
عتقت بالاستيلاد لتعلق عتقها بموت السيد وسقط عنها بدل الكتابة
لان العرض من ايجاب البدل العتق عند الاداء فاذا عتقت قبله لا يمكن
توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها من غير فائدة
انه يسلم لها الاولاد والاكساب لان الكتابة انفسخت في حق البدل وبقيت في
حق الاكساب والاولاد لان الفسخ للنظر لها والنظر فيما ذكرنا في ولد ام
المكاتبة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية فالـ فان كاتب مدبره
جاز لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذ الحرية غير ثابتة وانما الثابت
مجرد الاستحقاق وان مات المولى ولا مال له غيرهما فهي بالخيار بين ان
تسعى في ثلثي قيمتها او جميع بدل الكتابة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله تسعى في الاقل منهما وقال محمد رحمه الله تسعى
في الاقل من ثلثي قيمتها وثلثي بدل الكتابة والخلاف في الخيار وفي المقدار
قال ابو يوسف مع ابي حنيفة في المقدار ومع محمد في الخيار ففرع الجزئي
الاعتاق عنده لما جرى في الثلثان عبد لو قد تلقتها جهتا جزية بدلين
عاجل بالتدبير ومؤجل بالكتابة فتخير وعندهما لما عتق كلها بعتق
بعضها وهي حرة وجب عليها اجود البدلين فيختار الاقل لا محالة
وله معنى التخيير واما المقدار فلمحمد رحمه الله انه قابل البدل بالكل وقد
سلم لها الثلث بالتدبير فمن الحال ان يجب عليها البدل المقابلة الاخرى
لو سلم لها الكل بان خرجت من الثلث تسقط كل بدل الكتابة فههنا
تسقط الثلث قصدا كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما ان
جميع البدل مقابل بثلثي قيمتها فلا يسقط منه شيء وهذا لان البدل
وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقتضاه ذكرنا معنى وارادة
لانها استحقت حرية الثلث ظاهرا والظاهر ليس الانسان لا يلتزم
المال مقابلة ما يستحق حريته قصدا كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم
طلقها ثلاثا على الالف كان جميع الالف مقابلة الواحدة الباقية
لدلالة الارادة كذا ههنا فما اذا تقدمت الكتابة وهي المسألة التي
تليه لان البدل مقابل بالكل اذ لا استحقاق عنده في شيء فافترقا والـ
واذا دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا ولها الخيار ان شاءت مضت على
الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت مدبرة لان الكتابة ليست بلازمة
في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فان المولى ولا مال له غيرها فالخيار

ان شاء سعت في ثلثي مال الكتابة او ثلثي قيمتها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
تسعى في الاقل منهما فالخلاف في هذا الفصل في الحقيقة بناء على ما ذكرنا
اما المقدار المتفق عليه ووجهه ما بينا قال وان اعتق المولى كاتبه
عتق باعتاقه لقيام ملكه فيه ويسقط بدل الكتابة لانه مال الترمه
مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة
في جانب المولى لكنه يسقط برضا العبد والظاهر رضاه توسلا الى عتقه
بغير بدل مع سلامة الاكساب له لانا نبقي الكتابة في حقه قال وان
كاتبه على الف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة معجلة فهو جائز وفي
القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان
دينا ولهذا لا يجوز مثله في الحر وفي مكاتب الغير وجه الاستحسان انه
حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فاعطي له حكم المال
وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا يكون ربوا
ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه والاجل ربوا من وجه فيلحق
شبهة الشبهة بخلاف العقد بين الحر لانه عقد من كل وجه فكان ربوا
الاجل شبهة فيه قال واذا كاتب المريض عبده على الف الى سنة
وقيمته الف درهم ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي
الالف حالا والباقي الى اجله او يؤدي رقبته عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى اجله لان له ان يترك الزيادة
بان يكاتبه على قيمته فله ان يؤخر وصار كما اذا باع المريض امرأته
على الف درهم الى سنة حاز لان له ان يطلقها بغير بدل فلها ان تمنع
المستحق بدل الرقبة حتى اجري عليها احكام الابدال وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والاجل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع
بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة

بالمبدل فلا يتعلق بالبدل ونظير هذا اذا باع المريض جارية سالمة لا دين
الحسن وقيمتها الف ثم مات ولم تجز الورثة يعتبر ثلثي الثمن
جميع الثمن حالا والثلث الى اجله والا فانقض البيع عنده يعتبر الثلث بقدر
القيمة لانه زاد عليه لما بينا من المعنى قال وان كاتبه على الف الى سنة
وقيمته الفان ولم تجز الورثة يقال له ادّ ثلثي القيمة حالا او تؤدي رقبته
في قولهم جميعا لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

باب من يكاتب عن العبد

واذا كاتب الرجل عبده على الف درهم فان ادى عتق وان ابق العبد فقبل
فهو مكاتب صورة المسئلة ان يقول العبد كاتبني عبدك على الف درهم على
اني ادّيت اليك الفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق باداء الكل
الشرط واذا قبل العبد صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته
وقبوله اجازة ولو لم يقل على اني ان ادّيت اليك الفا فهو حر فادى
لا يعتق قياسا لانتفاء الشرط والعقد موقوف على اجازة العبد في الاصح
يعتق لانه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق باداء القابل فيصح
حق هذا الحكم ويتوقف حق لزوم الالف على العبد وقبوله في
مسئلة الكتاب ولو ادى لم يرجع على العبد لانه متبرع والمسئلة
واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد له لمولاه غائب فان ادى الشاهد
او الغائب عتقا ومعنى المسئلة ان يقول العبد كاتبني بالف درهم على
نفسي وعلى فلان الغائب وهذه الكتابة جائزة استحسانا وفي
القياس يصح على نفسه لولايته عليها ولا يصح في حق الغائب لعدم الولاية عليه
وجه الاستحسان ان الحاضر جعل نفسه مقصودا في هذه الكتابة
حيث اضافها الى نفسه اولا فجعل نفسه فيها اصلا والغائب تبعا
والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كاتبت حملا او
لادها

في كتابتها تبعا حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء فإذا لا يمكن تصحيحه
على هذا الوجه تتردد الحاضر فإنه إن أخذه يكمل البدل لأن البدل عليه لكونه
أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لأنه تبع فيه قال وإن
أدى عتقا وخبر المولى على القبول أما الحاضر فلأن البدل عليه وجاز
كتعجيل الرهن إذا أدى الدين بخبر المرتهن على القبول لحاجته إلى استخلاص
عينه وإن لم يكن الدين عليه قال وإنهما أدى لا يرجع على صاحبه لأنه
قضى دينا عليه والغائب متبرع به غير مضطر إليه وليس للمولى أن يأخذ
الغائب بشيء لما بينا فإن قبل الغائب الكتابة ولم يقبل فليس له أن يسترد
الكتابة لأنه لا تهمة للشاهد لأن الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا يتعذر
بقبوله كمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فإن له أن يسترجع كفله حتى لو أدى
لا يرجع عليه لأنه أدى فإن كانت الأمة عن نفسها وعن ابنين لها
صغيرين لأنه جائز وإنهما أدى لم يرجع على صاحبه وخبر المولى على قبول
والمعتقون لأنها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعا على ما بينا
في المسألة الأولى وهي أولى بذلك من الأجنبي

باب كتابة العبد المشترك

وإذا كان العبد بين رجلين أذن أحدهما
لصاحبه أن يكاتب نصيبه بالدراهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض
بعض المال ثم عجز فالمال الذي قبض عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو بينهما
وما أدى فهو بينهما وأصله أن الكتابة يتجزى عنده خلافا لهما
العتق لأنه لقيام الجزء من وجه فيقتصر على نصيبه عنده للتجزي وفائدة الإذن
أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له إذا لم يأذن له وإذنه له بقبض البدل
إذن للعبد بالأداء فيكون متبرعا في نصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له
وعندهما الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل لعدم التجزي فهو أصيل
في النصف وكيل في النصف وهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك

العجز قال ولو كانت جارية بين رجلين كاتباها فوطئها أحدهما فجاءت
بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فجاءت بولد فادعاه ثم عجزت فأم ولد
للأول لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك له فيها
وصار نصيبه أم ولد له لأن المكاتب لا يقبل النقل من ملك إلى ملك
فيقتصر أمومية الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فإذا ادعى الثاني
ولدها الآخر صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرا ثم إذا عجزت بعد ذلك
الكتابة كان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول لأن ذلك المانع من
الانتقال ووطئه سابق فيضمن نصف قيمتها لأنه ملك نصيبه لما
الاستيلاد ونصف عقرها لوطء جاريته مشتركة فيضمن لشريكه كمال عقرها
وقيمة الولد ويكون ابنه لأنه لمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه
قائما ظاهرا وولد المغرور ثابت النسب منه حرا لمقيمه على ما عرف لكنه وطئ
أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر وإنهما دفع العقر إلى المكاتبة
جاز لأن الكتابة ما دامت باقية فحق القبض لها لاختصاصها بمنافعها
وأبدالها وإذا عجزت يرد إلى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي
ذكرنا كله قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله هي أم
ولد للأول ولا يجزء وجه للآخر لأنه لما ادعى الأول الولد صار كلها
أم ولد له لأن أمومية الولد تحكم بها بالإجماع ما أمكن وقد أمكن
بفسخ الكتابة لأنها قابلة للفسخ فينفسخ فيما لا يتصور به المكاتب
وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع
المكاتب لأن في تجويزه إبطال الكتابة لأن المشتري لا يرضى ببقائه مكاتبا
وإذا صار كلها أم ولد له فالثاني وطئ أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه
ولا يكون حرا على ما نقدمه غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة ويلزمه جميع
العقر لأن الوطء لا يجزئ عن أحدهما الغرامتين وإذا بقيت الكتابة وصار

كلها مكاتبة له قيل يجب عليه نصف بدل الكتابة لان الكتابة لم تنفسخ فيما لا يتضرر
به المكاتب ولا يتضرر بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة
لم تنفسخ اليه في حق التملك ضرورة ولا تظهر في حق سقوط نصف البدل وفي
ابقائه في حقه نظر للمولى وان كان لا يتضرر المكاتبة بسقوطه والمكاتبة
هي التي تعطي العقر لاختصاصها بالبدل منافعها ولو جرحت وبرئت في الرق
ترد الى المولى لظهور اختصاصه عليها بيقينا قال ويضمن الاول لشريكه
في قياس قول ابي يوسف نصف قيمتها مكاتبة لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبة
فضمنه موسرا كان او معسرا لانه ضمان التملك وفي قول محمد رحمه الله يضمن
الاول من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من البدل الكتابة لان حق شريكه في نصف
الرقبة على اعتبار التحرير وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا ترد
بينهما بحسب افلاسها قال واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم جرحت
بطل التدبير لانه لما تصادف الملك اما عندهما فظاهر لان المستولد يملكها
قبل الجرح واما عند ابي حنيفة رحمه الله فلانا بالجرح تبين انه ملك نصيبه من
وقت الوطء فتبين انه صادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك بخلاف النسب
لانه يعتمد الغرور على ما مر قال وهي ام ولد للاول لانه ملك نصيب شريكه
وكذا الاستيلاد على ما بيناه ويضمن لشريكه نصف عقرها لوطيء جارية مشتركة
ونصف قيمتها لانه ملك نصفها بالاستيلاد وهي ملك ما لقيمة والولد له
للاول لانه صحت دعوته لقيام الملك وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا
قال وان كانا كاتباها ثم اعتقها احدهما وهو موسر ثم عجزت ضمن المعتق
لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع
عليها لانها لما عجزت ورجعت في الرق صار كانها لم تزل رقيقة والجواب غير على
الخلاف في الرجوع وفي الجنايات وغيرها كما هو مسئلة تجزي الاعتاق وقد بينا
قرارنا في العتاق كما قبل العجز وليس له ان يضمن المعتق عند ابي حنيفة

رحمه الله لان الاعتاق لما كان يجري عنده وكان الثاني وان يجعل نصيب غير
المعسر كالمكاتب فلا يتغير نصيب صاحبه لانها مكاتبة قبل ذلك
وعندهما لما كان لا يجري يحتمل الكل فله ان يضمنه قيمة نصيبه مكاتبا
ان كان موسرا ويستسعي العبد ان كان معسرا لانه ضمان اعتاق
يحلف بالايسار والاعسار قال واذا كان العبد بين رجلين دبره
احدهما ثم اعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذي دبره ضمن المعتق نصف
قيمته وان شاء استسعى العبد وان شاء اعتق وان اعتقه احدهما ثم
دبره الآخر لم يكن له ان يضمن المعتق ويستسعي او يعتق وهذا عند ابي
حنيفة رحمه الله ووجهه ان التدبير يجري فتدبير احدهما يقتصر على نصيبه
لكن يفسد به نصيب الآخر فينبت له خيرة الاعتاق والتضمين و
الاستسعاء كما هو مذهبه فاذا اعتق لم يبق له خيار التضمين ولا
واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يجري عنده ولكن يفسد به نصيب
شريكه فله ان يضمنه قيمة نصيبه وله خيار العتق والاستسعاء ايضا
كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادف المدبر
ثم قيمة المدبر يعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو
قول لان المنافع انواع ثلثة السعي واشباهه والاستخدام وامثاله
والاعتاق وتوابعه والعائد السعي يسعى الثلث واذا ضمنه لا يتملكه
بالضمان لانه لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك كالمدبر اذا غصب مدبرا فابق
وان اعتقه احدهما اولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده واذا دبره
لم يبق له خيار التضمين وهي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر
يعتق ويستسعى وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره احدهما يضمن
الآخر باطل لانه لا يجري عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن
نصف قيمته موسرا كان او معسرا لانه ضمان تملك ولا يختلف باليسار

والاعسار ويضمن قيمته قنا لانه صار مدبرا والتدبير وهو قن فلزم اعتقه
احدهما تدبير الآخر باجل لان الاعتاق لا يتجزى يعتق كله فلم يصادف
التدبير الملك وهو يعتمده ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا ويسعى
العبد في ذلك ان كان معسرا لان هذا ضمان الاعتاق يختلف باليسار
والاعسار عندهما

باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

واذا عجز المكاتب عن نجم نظر
الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه او مال يقدم لم يعجل بتعجيزه
وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظرا للجانبين والثلاث هي المدة
التي ضربت لا يلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء قال
يزاد عليه فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيزه عجزه وفسخ الكتابة
وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا يعجزه حتى
يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق
الرق عليه بهذا الشرط ولانه عقد ارتفاق حتى كان احسنه موجلة
وحالة الوجوب يرجو الحصول بالنجم فلا بد من امهال مدة استيسارا او الى المدة
ما يوافق عليه العاقدان لهما ان سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لان من
عجز عن ادا نجم واحد يكون عاجزا عن ادا النجمين وهذا لان مقصود المولى
الوصول الى المال عند حلول النجم وقد فات بفسخه اذا لم يكن راضيا دونه
بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها لامكان الاداء فلم يكن تاخيرا لولاه
متعارضة وان المروي عن عمر رضي الله عنه ان مكاتبا له عجز عن نجم فرده
فسقط الاحتجاج بها قال فان اجل النجم عند غير السلطان فعجز فرده
مولاه برضاه فهو جائز لان الكتابة تفسخ بالتراضي من غير عذر فبالعذر
اولى ولو لم يرضى به العبد لانه من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تام
بد من القضاء او الرضا كالرد بالعيب بعد القبض قال وان عجز المكاتب

الى احكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الكسب لمولاه لانه ظهر
انه كسب عبده وهذا لانه كان موقوفا عليه وعلى مولاه وقد زال التوقف
قال فان مات المكاتب وله مال لم تنفسخ الكتابة وقضي منه عليه مال
وحكم بعتقه في آخر جزء من اجزاء حيوته وما بقي فهو ميراث لورثته
ويعتق اولاده وهذا قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه
اخذ علماؤنا رحمهم الله وقال الشافعي رحمه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا
وما ترك لمولاه واماؤه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه ولان المقصود
من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهذا لانه لا يخلو اما ان
يثبت هذا الحكم مقصودا او يثبت قبله او بعده مستندا لا وجه الى
الاول لعدم المحل ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث
لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا انه عقد معاوضة
ولا تبطل بموت احد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر ولحاجة
بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لاحيا الحق بل اولى لان حقه آكد من حق
المولى حتى لزم العقد في جانب المولى والموت انفي الملكية منه للمملوكية
فينزل حيا تقديرا او تستند الحرية باسناد سبب الاداء الى ما قبل الموت
ويكون اداء خلفا كاداء وكل ممكن على ما عرف تمامه في الخلافيات قال
وان لم يترك وفاء وترك ولدا مولودا في الكتابة يسعى في كتابة ابيه على نجومه
فاذا ادى حكمنا بعتق ابيه قبل موته وعتق الولد لان الولد دار تبعا
في كتابته وكسبه ككسبه فيخالفه في الاداء وحياته كما اذا ترك وفاء فان
ترك ولدا مشتري قيل له اما تؤدي الكتابة حالا او تترك رقيقا وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله اما عندهما فيؤديه الى اجله اعتبارا بالولد المولود
في الكتابة وله الجامع انه مكاتب عليه تبعا له ولهذا يملك المولى عتاقه بخلاف
ما يوكل كسبا وله لابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق بين الفصلين ان الاجل ثبت

شرطا في العقد يثبت في حق من دخل تحت العقد والمشتري لم يدخل
لأنه لم يضف إليه العقد ولا يسري حكمه إليه لانفصاله كخلاف في الولد المولود
في الكتابة لأنه متصل به وقت الكتابة فيسري الحكم إليه وحيث دخل في حكمه سعى
في نجومه فإن اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه لأنه لما حكم بحريته في آخر
جزء من أجزاء حيوته الحكم بحرية ابنه في ذلك الوقت لأنه تبع لأبيه في الكتابة
فيكون هذا جزءا يورث عن حر وكذلك إن كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة
لأن الولد إن كان صغيرا فهو تبع لأبيه وإن كان كبيرا فعلا كشخص واحد
فإذا حكم بحرية الأب يحكم بحريته وفي تلك الحال على ما مر قال وإن مات المكاتب وترك
ولدا من حرة وترك دينا وفاء لمكاتبته جني الولد فقضي به على عاقلة الأم
لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب لأن هذا القضاء تقرر حكم الكتابة لأن
قضيته إلحاق الولد بأمه في الأم وإلحاق العقل عليهم لكن على وجه يحتمل
التحمل بأن يعتق فيجر الولاء إلى مواليه والقضاء بما تقرر حكمه لا يكون
تعجيزا وإن اختصم مواليه الأم ومواليه الأب في ولائه فقضي به لمولى الأم
فهو قضاء بالعجز لأن هذا اختلاف في الولاء مقصودا وذلك يبتني على
بقاء الكتابة وانتقاضها فإنها إذا فسخت ماتت رقيقا واستقر الولاء على مولى
الأم وإذا بقيت وانتقل بها الأب مات حرا وانتقل الولاء إلى مولى الأب
وهذا قضاء مجتهد فيه فينفذ ما يلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزا قال
وما أدى المكاتب من الصدقات إلى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبدل الملك
فإن العبد يتملك صدقة والمولى عوضا من العتق وإليه وقعت الإشارة في
النبوة في حديث بريرة هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما إذا أباح
للغني والهاشمي لأن المباح له يتناوله على ملك المبيح ونظيره المشتري
شراء فاسدا إذا أباح لغيره لا يطيب له ولو ملكه يطيب ولو عجز قبل الأداء فكذلك
الجواب في هذا عند محمد رحمه الله ظاهر لأنه بالعجز عنده يتبدل الملك وكذا

عند أبي يوسف وإن كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده لأنه لا خبث في نفس الصدقة
وإنما الخبث في فعل الآخذ لكونه آخذا لا أهلا لأهلا لا يجوز ذلك إلا عن فاقة
وللهاشمي لزيادة حرمته والآخذ لم يوجد من المولى وصار كابن السبيل إذا
وصل إلى وطنه والفقير إذا استغنى وقد بقي في أيديهما ما أخذا من الصدقة
يطيب لهما وعلى هذا أعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في
يده قال وإذا جنى العبد فكاتبه مولاه ولم يعلم بالجناية ثم عجز فإن دفع
أو فدى لأن هذا هو موجب جناية العبد في الأصل ولم يكن عالما بالجناية
عند الكتابة حتى يصير مختارا للفداء إلا أن الكتابة مانعة من الدفع فإذا زال
علة الحكم الأصلي وكذلك إذا جنى المكاتب لم نقض به حتى يعجز لما بينا من زوال
المانع وإن قضي به عليه في كتابته ثم عجز فهو دين يباع فيه لاشتغال
الحق من الرقبة التي قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال
رجع أبو يوسف إليه وكان يقول أولا لا يباع فيه وإن عجز قبل القضاء وهو
قول زفر لأن المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما
وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدبر وأم الولد ولنا
أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الاشتغال في الحال فيتوقف
على القضاء أو الرضاء وصار كالعبد المبيع إذا أعتق قبل القبض
يتوقف العتق على القضاء لتردده وإحقاق عوده كذا هذا بخلاف
التدبير والاستيلاد لأنهما لا يقبلان الزوال بحال قال وإذا مات
مولى المكاتب لم تنفسخ الكتابة كيلا يؤدي إلى إبطال حق المكاتب
إذ الكتابة سبب لحريته وسبب حق المرء حقه وقيل له إذا مال
إلى ورثة المولى على نجومه لأنه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب
انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير إلا أن الورثة يخلفونه
في الاستيفاء فإن أعتقه أحد الورثة لم ينفذ عتقه لأنه لم يملكه وهذا

لان المكاتب لم يملك بساير اسباب الملك وكذا تنسب الوراثة فان اعتقوه جميعا
عتق وسقط مال الكتابة لانه يصير ابراء له عن بدل الكتابة فانه جعل لهم
وقد جرى فيه الارث واذا برئ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق كما اذا ابرأه
المولى الا انه اذا اعتقه احد الورثة لا يصير ابراء عن نصيبه لانا نجعله
اقتضاء تصحيحا للعتق والاعتاق لا ينسب ابراء البعض وادائه في
المكاتب الى بعضه ولا في كله ولا وجه الى ابراء الكل لحق بقية الورثة

كتاب الولاء

الولاء نوعان ولاء عتاقة ويسمى ولاء نعمة وسببه العتق على ملك
في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالوراثة كان الولاء له وولاء موالاة
وسببه العقد ولهذا يقال في ولاء الموالاة والحكم يضاف الى
سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب يتناصرون بالشيء وقرر النبي
عليه السلام تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال المرء مولى القوم منهم و
حليفهم منهم والمراد بالحليف مولى الموالاة لانهم كانوا يؤكدون
الموالاة بالحلف قال واذا اعتق المولى مملوكه فولاؤه له لقوله
عليه السلام الولاء لمن اعتق ولان التناصر بوجوده فيعلقه وقد احياه
بازالة الرق عنه فيرثه وهو الولاء كالولد ولان الغنم بالغرم
وكذا المرأة تعتق لها دونها وما عتق لابنه حمزة وعن بنت جحش
النبي عليه السلام منهما نصفين فيستوي فيه الاعتاق المال وغيره
لاطلاق ما ذكرناه قال وان شرط ان يسايبه فالشرط باطل والولاء لمن
اعتق لان الشرط يخالف النص فلا يصح قال واذا ادى المكاتب
عتق وولاؤه للمولى وكذا ان اعتق بعد موت المولى لانه عتق عليه بما هو
من السبب وهو الكتابة وقد قررناه في المكاتب وكذا العبد الموصى بعتقه
او بشرائه وعتقه بعد موته لان فعل الوصي بعد موته كفعله والتركة على حكم

ملكه وان مات المولى عتق من الثلث وان مات ولاؤه لما بيناه في العتاق
وولاؤهم له لانه اعتقهم بالتدبير والاستيلاد ومن ملك ذا رحم محرم منه
عتق عليه لما سنا في العتاق وولاؤه له لوجود السبب وهو العتق عليه
واذا تزوج عبد رجل بحرة لآخر فاعتق مولى الامة وهي حامل من زوجها
عتقت وعتق حملها وولاء الحمل لمولى الام لانه لا ينتقل عنه ابدا لانه عتق
على معتق الام مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عملا بما روينا وكذا
اذا ولدت لاقل من ستة اشهر لتيقن بقيام الحمل وقت الاعتاق
او ولدت ولدين احدهما لاقل من ستة اشهر لانهما توأمان يتعلقان معا
وهو الخلاف فيما اذا ولدت حملا وهي خلية والزوج والى غيره حيث يكون
ولاء الولد لمولى الاب لان الجنين غير قابل لهذا الولاء مقصودا لانه تابع
بالايجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال وان ولدت بعد عتقها لاكثر
من ستة اشهر ولدا فولاؤه لمولى الام لانه عتق تبعا للام لاتصاله بها بعد
عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتاق حتى يعتق
مقصودا فان اعتق العبد جر الاب ولاء ابنه وانتقل عن مولى الام لان
العتق هنا في الولد ثبت تبعا بخلاف الاول وهذا لان الولاء بمنزلة
النسب قال عليه السلام الولاء لحمة كلحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث
ثم النسب الى الآباء فكذلك الولاء اليه والنسبة الى مولى الام كانت لعدم
اهلية الاب ضرورة فاذا صار اهلا عاد الولاء اليه بمنزلة ولد الملاعنة
ينتسب الى قوم الام ضرورة فاذا اكذب الملاعن نفسه ينتسب اليه بخلاف
ما اذا عتقت المعتدة عن موت او طلاق باين فجاءت بالولد لاكثر من سنتين
من وقت الموت او الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الام وان اعتق الاب
لتعذر اضافة العلوق الى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمة الوطء وبعد
الطلاق الرجعي لما انه يصير مراجعا بالشك فاسند الى حالة النكاح فكان الولد

موجودا عند الاعتاق ومعتق مقصودا وفي الجامع الصغير اذا تزوجت
معتقة بعبد فولدت اولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالي الام لانهم
عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالي فالحقوا بموالي الام ضرورة
كما في ولد الملاعنة على ما ذكرنا فان عتق الاب جر ولاء الاولاد الى نفسه
لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا الانهم حين عقلوه كان الولاء
ثابتا لهم فاما يثبت للاب مقصودا لان سببه مقصود وهو العتق بخلاف
ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام لم اكذب الملاعن نفسه حيث
يرجعون عليه لان النسب هناك يثبت مستندا الى وقت العلوق وكانوا
محمولين على ذلك فيرجعون قال ومن تزوج من العجم المعتقة
فولدت له اولادا فولاء ولدها لموالي امها عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب
وهو قول محمد رحمه الله ايضا وقال ابو يوسف رحمه الله حكمه حكم ابيه لان النسب
الى الاب كما اذا كان الاب عربيا بخلاف ما اذا كان عبدا لانه هالك معنى
ولهما ان ولاء العتاقة قوي معتبر في حق الاحكام حتى اعتبرت الكفاءة
فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا انسابهم ولهذا لم تعتبر
الكفاءة فيما بينهم بالنسب والقوي لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا
كان الاب عربيا لان انساب العرب قوية معتبرة في حق الكفاءة والعقل
لما ان تناصرهم فاغنت عن الولاء وارضي الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة
والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقا وفي الجامع الصغير سبطي كافر
تزوج معتقة لم اسلم السبطي وولى رجلا ثم ولدت اولادا منه قال ابو
حنيفة رحمه الله ولاؤهم موالي امهم وقال ابو يوسف رحمه الله موالي
ابيهم لان الولاء وان كان ضعيفا فهو من جانب الاب فصار كالمولود بين
واحد من الموالي وبين العرب ولهما ان ولاء الموالاة اضعف حتى يقبل
الفسخ وولاء العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوي ولو
كان الاب

يعتقين فالنسبة الى قوم الاب لانهما استويا والترجيح لجانبه لشبهة النسب
او لان النصرة به اكثر قال وولاء العتاقة عصبة فهو احق بالميراث
من الامة والخالة لقوله عليه السلام الذي اشتري عبدا فاعتقه هو اخوك
ومولاك ان شكرك فهو خير له وشرك وان كفرك فهو خير لك وشر له ولو
مات ولم يترك وارثا كنت انت عصبته سووت بينه وبين حمزة رضي الله عنهما على
سبيل العصوبة ح فيام وارث ولد كان عصبة تقدم على ذوي الارحام
وهو المروي عن علي رضي الله عنه فان كان للمعتق عصبة من النسب فهو اولى
لان المعتق آخر العصبات وهذا لان ولاءه على اللام ولم يترك وارثا قالوا
المراد منه وارث عصبة بدليل الحديث الثاني فتاخر عن العصبة
دون ذوي الارحام قال فان كان للمعتق عصبة من النسب
فهو اولى لما ذكرنا وان لم يكن له عصبة من النسب فميراثه للمعتق تاويله
اذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال اما اذا كان فله الباقي بعد فرضه للمعتق
لانه عصبة على ما روينا وهذا لان العصبة من يكون به التناصر ليست
النسبة وبالموالي الانتصار على ما نبينه والعصبة ياخذ ما بقي فان مات
المولى ثم المعتق فميراثه لبني المولى دون بناته لانه ليس للنساء من الولاء
الا من اعتقن او اعتق من اعتقن او كاتبن او كاتب من كاتبن بهذا اللفظ
ورد الحديث عن النبي عليه السلام وفي آخره او جر ولاء معتقهن وصورة الجر
قررناها ولان ثبوت الملكية والقوة في المعتق من جهتها فيثبت الولاء
اليها وينتسب اليها من ينتسب الى مولاها بخلاف النسب لان النسب فيه
الفراش وصاحب الفراش انما هو الزوج والمراة مملوكة له ما لكة وليس حكم ميراث
المعتق مقصورا على بني المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء
لا يورث ويخلفه فيه من يكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابا وابنا فالولاء
للابن عند ابي حنيفة وقدر رحمه الله عليهما لانه اقربهما عصوبة وكذا الولاء

لا يجر دون الاخ عند ابي حنيفة رحمه الله لانه اقرب عنده في العصوبة وكذا
الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون اخيها لما ذكرنا الا ان عقل جنايته
المعتق على اخيها لانه من قوم ابيها وجنايته كجنايتها ولو ترك المولى
ابنا وولد ولد ابن آخر معناه بنى ابن آخر فمن ابن المعتق للابن دون ولد ابن
لان الولاء للكبر هو المروي عن علي من الصحابة رضي الله عنهم ومنهم عمر وعلي وابن
مسعود وغيرهم ومعناه اقرب على ما قالوا والصلة اقرب

فصل في ولاء الموالاة

واذا اسلم رجل على يد رجل وولاه على ان يرثه
ويعقل عنه او اسلم على يد غيره وولاه فالولاء صحيح وعقله على
مولاه فان جاء ولا وارث له غيره صير ماله للمولى وقال الشافعي رحمه الله
الموالاة ليس بشيء لان فيه ابطال حق بيت المال وهذا لا يصح في
حق وارث آخر ولهذا لا تصح عنده الوصية بجميع المال وان
لم يكن للموصي وارث لحق بيت المال وانما يصح في الثلث ولنا قوله تعالى
والذين عقدت ايمانكم فآتوهم نصيبهم والآية في الموالاة وسئل
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل اسلم على يد رجل آخر وولاه
فقال هو احق الناس به محياه ومماته وهذا اشارة الى العقل و
الارث في الحالتين هاتين وان ماله حقه فيصرف الى حيث شاء و
الصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لا انه مستحق وان كان
له وارث هو اولى منه وان كان عمة او خالة او غيرهما مردود
الارحام لان الموالاة عقد ما فلا يلزم غيرهما ودو الرحم وارث
ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكرنا في الكتاب انه بالالتزام وهو
ومن شرطه ان لا يكون المولى من العرب لان تناصرهم بالقبائل وهي عن الموالاة
قال وللمولى ان ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه انه عقد غير لازم
منزلة الوصية وكذا للاعلى ان يتبرأ عن ولائه لعدم اللزوم الا انه يشترط

في هذا ان يكون بحضرة الآخر كما في عزل الوكيل قصدا بخلاف ما اذا عقد
الاسفل مع غيره بغير محضر من الاول لانه فسخ حكمي بمنزلة العزل الحكمي
في الوكالة قال واذا عقل عنه لم يكن له ان يتحول الى ولائه لانه تعلق
بسجن الغير ولانه قضى به القاضي ولانه بمنزلة عوض له كالعوض
في الهبة وكذا لا يتحول في ولده وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن الحق
واحد منهما ان يتحول لانه في حق الولاء كشخص واحد قال وليس
لمولى العتاقة ان يتولى احدا لانه لازم ومع بقائه لا يظهر الاجنبي

كتاب الاكراه

الاكراه يثبت حكمه اذا حصل ممن يقدر على ايقاع ما توعد به سلطانا
كان او لصا لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره ينتفي به رضاه
او يفسد به اختياره مع بقاء اهليته وهذا انما يتحقق اذا خاف المكره
تحقيق ما توعد به وذلك اما يكون من القادر والسلطان وغيره
سيان عند تحقق القدرة هو الذي قاله ابو حنيفة رحمه الله ان الاكراه
لا يتحقق الا من السلطان لما ان المنعة له والقدرة لا تتحقق دون
المنعة فقدروا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان
ولم يكن القدرة في زمنه الا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان واهله
ثم كما يشترط قدرة المكره لتحقق الاكراه يشترط خوف وقوع ما
توعد به وذلك بان يغلب على ظنه انه يفعله ليصير به محمولا على ما دعي
اليه من الفعل قال واذا اكره على بيع ماله او على شراء سلعة او
على ان يقر لرجل بالف او يهب جاريته فاكره على ذلك بالقتل او بالضرب
الشديد او بالحبس فباع او اشترى فهو بالخيار ان شاء امضى البيع
وان شاء فسخه ورجع بالمبيع لان من شرط صحة هذه العقود التراضي
قال الله تعالى الا ان تكون تجارة عن تراض منكم والاكراه يعدم

الرضا فيفسد بخلاف ما اذا اكره بضرب سوط او حبس يوم او قيد يوم لانه
لا يبالي به بالنظر الى البعاجة فلا يتحقق به الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب
منصب يعلم انه يستضر به لفوت الرضا وكذا الاكراه بحبس الاب لرجحان جنبة الصدق فيه
على جنبة الكذب وعند الاكراه يحتمل انه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع
مكرها وسلم مكرها ثبت الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع صدر قوت
على الاجازة الا ترى انه لو اجاز جاز فالموقوف على الاجازة لا يفيد الملك
ولنا ان ركن البيع صدر من اهله في محله والفساد لفقد شرطه وهو التراضي
فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه
واعتقه او تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز ويلزمه القيمة كما
في سائر البياعات الفاسدة وما جاز الملك يرتفع المفسد وهو الاكراه
وعدم الرضا فيجوز الا انه لا ينقطع به حق الاسترداد للبائع وان
تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد
فيها لحق الشرع وقد يعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته
اما ههنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني
قال رضي الله عنه ومن جعل البيع الجائز المعنى بيعا فاسدا لجعله
البيع المكره حتى ينقض بيع المستري من غيره لان الفساد لفوات الرضا
ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين ومنهم من جعله باطلا اعتبارا
بالهازل ومنهم من قال سمى الله عز وجل بيعا جائزا مفيدا بعض
الاحكام على ما هو المعنى للحاجة اليه قال فان كان قبض الثمن
طوعا فقد اجاز البيع لانه دلالة الاجازة كما في البيع الموقوف كذا اذا
سلم طائعا بان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف
ما اذا اكره على الهبة ولم يذكر الدفع فوهب ودفع حيث يكون باطلا لان
مقصود المكره استحقاق المجرد اللفظ وذلك بالهبة بالدفع وفي

البيع بالعقد على ما هو الاصل فيدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع
قال وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعلته ربحه ان كان قائما
في يده لفساد العقد وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره ضمن
قيمته للبائع معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد
المكره ان ضمن المكره ان شاء لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف فكانه دفع
مال البائع الى المشتري فيضمن ايهما شاء كالغاصب والغاصب العاصب فلو
ضمن المكره رجع على المشتري بالقيمة لقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري
نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناسخت العقود لانه ملكه بالضمان فظهر انه
باع ملكه ولا ينفذ ما كان قبله لان الاسناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا
اجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما كان قبله وما كان بعده لانه
اسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله اعلم

فصل

وان اكره على اكل الميتة او بشرب الخمر ان اكره على ذلك بحبس او ضرب
او بقيد لم يحل له الا ان يكره بما يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
فاذا خاف ذلك وسعه ان يقدم على ما اكره عليه وكذا على هذا الدم ولحم
الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما تباح عند الضرورة كما في المخمصة لقيام
المحرم فيما وراءها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس او العضو حتى لو خيف
ذلك بالضرب فغلب على ظنه تباح له ذلك ولا يسعه ان يصبر على الوعيد
فان صبر حتى اوقعوه ولم يأكل فهو آثم لانه لما ابيح كان بالامتناع معاونا
لغيره على اهلاك نفسه فيأثم كما في حالة المخمصة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه لا يأثم لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون اخذا بالعزيمة وفيما
حالة الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاجة بعد التنبيه فلا يحرم
فكان اباحة لا رخصة الا انه انما يأثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة
لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالحظر في اول الاسلام

او في جاب الحرب قال وان اكره على الكفر بالله او سب رسول الله عليه السلام
بقيد او حبس او ضرب لم يكن ذلك اكراها حتى يكره بامر يخاف به على
نفسه او على عضو من اعضائه لان الاكراه يعدم الاشياء ليس باكراه
في شرب الخمر لما مر ففي الكفر وحرمته اشد اولى وامرى قال فاذا خاف
على ذلك وسعه ان يظهر ما امروه به ويتورى وان اظهر ذلك وقلبه مطمئن
بالايمان فلا اثم عليه لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلي به وقيل
له صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان عادوا
فعد فنزل قوله تعالى الا من اكره وقلبه مطمئن بالايمان ولان
هذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وهو الامتناع فوت
النفس حقيقة فيسعه العمل به قال فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر
كان ماجورا لان خبيبا رضي الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول
الله عليه السلام سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيقي في الجنة ولان الحرمة
باقية والامتناع لاعزاز الدين عزيمة بخلاف ما تقدم للاستثناء قال
وان اكره على اتلاف مال مسلم بامر يخاف على نفسه او على عضو من اعضائه
وسعه ان يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كما في حالة المخمصة
وقد تحقق ولصاحب المال ان يضمن المكره لان المكره آلة للمكره فيما
يصلح آلة له والاتلاف من هذا القبيل وان اكره بقتل على قتل غيره
لم يسعه ان يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان قاتلا لان قتل
المسلم مما لا يستباح بضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال والقصاص
على المكره ان كان عمدا قال رضي الله عنه وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله
وقال زفر رحمه الله يجب على المكره وقال ابو يوسف رحمه الله لا يجب عليهما
وقال الشافعي رحمه الله يجب عليهما لزفر رحمه الله ان الفعل من المكره حقيقة
وحسا وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف
مال الغير لانه

لانه سقط حكمه وهو الاثم واضيف الى غيره وبهذا يتمسك الشافعي رحمه الله
في جانب المكره ويوجبه على المكره ايضا لوجود التسبيب الى القتل منه
والتسبيب في هذا حكم المباشرة عنده كما في شهود القصاص ولابي يوسف
رحمه الله ان القتل يعمل مقصودا على المكره من وجه نظرا الى الناس واضيف
الى المكره من وجه نظرا الى الجهل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما انه
محمول على القتل بطبعه ايثارا لحيوته فيصير آلة للمكره فيما يصلح
له وهو القتل بان يلقيه عليه ولا يصلح آلة له في الجناية على دينه
فبقي الفعل مقصودا عليه في حق الاثم كما يقول في الاكراه على الاعتاق
وفي اكراه المجوسي على ذبح الغير ينتقل الفعل الى المكره في الاتلاف دون
الذكوة حتى يحرم كذا هذا قال وان اكرهه على طلاق امراته وعتق
عبده ففعل وقع ما اكره عليه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله وقد مر في
الطلاق قال ويرجع على الذي اكره بقيمة العبد لانه صلح آلة له
فيه من حيث الاتلاف فانتصب آلة له فله ان يضمنه موسرا كان او معسرا
والاسعاية على العبد لان السعاية اما لحق التخريج الى الحرية او لتعلق
حق الغير ولم يوجدا جزءا منها ولا يرجع المكره على العبد بالضمان
لانه مؤاخذ باتلافه قال ويرجع بنصف مهر المرأة ان كان قبل
الدخول وان لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بالزمه من المتعة
لان ما عليه كان على شرف السقوط بارتفاع الفرقة من قبلها وانما يتاكد
بالطلاق فكان اتلافا للمال من هذا الوجه فيضاف الى المكره من حيث انه
اتلاف بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر بالدخول لا بالطلاق
ولو اكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جاز استحسانا
لان الاكراه يؤثر في فساد العقود والوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة
ويرجع على المكره استحسانا لان مقصود المكره زوال ملكه اذا

باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه الاكراه لانه لا يحتمل الفسخ ولا رجوع
على المكره ما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالبه فيها وكذا اليمين
والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة و
الايلاء والفيء فيه باللسان لانه تصرف الزام الخلع من جانبه
طلاق او يمين لا يعمل فيه الاكراه فلو كان هو مكرها على الخلع دونها
لزمها البدل لرضاها بالالتزام قال فان اكرهه على الزنا وجب
عليه الحد عند ابي حنيفة رحمه الله ان اكرهه السلطان وقال ابو يوسف
ومحمد رحمهما الله لا يلزمه الحد قال واذا اكره على الردة لم تبن
منه امراته لان الردة تتعلق بالاعتقاد الحقيقي لانه لو كان قلبه مطمئنا
بالايمان لا يكفر وفي اعتقاده الفساد فلا يثبت البينونة بالشك
فان قالت المراة قد سبك وقال هو بل اظهرت كفرك وقلبي مطمئن
بالايمان فالقول له استحسانا لان اللفظ غير موضوع للفرقة و
هو يتبدل الاعتقاد مع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله
بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلما لانه لما احتمل واحتمل
رجحنا الاسلام في الحالين لانه يعلو ولا يعلى وهذا بيان الحكم
اما فيما بينه وبين الله تعالى اذا لم يعتقد فليس بمسلم ولو اكره على
الاسلام حتى حكم باسلامه ثم رجع لم يقتل لتمكن الشبهة وهي ردته
للقتل ولو قال الذي اكره على اجراء كلمة الكفر اخبرت عن امر ماض ولم
اكن فيه جاز بانيته حكما لديانته لانه اقر انه طائع بما اتى به ما لم يكن
وحكم هذا الطائع ما ذكرنا هو لو قال اردت ما قلت حق وقد خطر
ببالي الخبر عن ماض باتت ديانة وقضاء لانه معتقد بالكفر هازل به حيث
علم لنفسه مخلصا منه وهي هذا اذا اكره على الصلوة للصليب
وسب محمد عليه السلام فعل وقال نويت به الصلوة لله ومحمدا

آخر عبد النبي عليه السلام بانت منه قضاء لا ديانة ولو صلى للصليب وسب محمدا
النبي عليه السلام وقد حطر بباله الصلوة لله وسب عبد النبي عليه السلام بانت ديانة
وقضاء لما مر وقد قررناه وبلاه على هذا في كفاية المنتهى والله اعلم

كتاب الحجر

قال الاسباب الموجبة للحجر ثلاثة الصغر والجنون والرق ولا يجوز تصرف الصغير
الا باذن وليه ولا تصرف العبد الا باذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون
المغلوب بحال اما الصغير فلنقصان عقله غير ان اذن الولي آية اهليته
والرق لرعاية حق المولى كيلا يتعطل منافع عبده ولا كذلك رقيته
بتعلق الدين به غير ان المولى بالاذن رضي بفوات حقه والجنون الجاء
الاهلية فلا يجوز تصرفه بحال اما العبد اهل في نفسه والصبي ترتقب
اهليته فلهذا وقع الفرق قال ومن باع من مولاه شيئا او اشتراه
وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء اجازه اذا كان فيه
مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد حق المولى فيتخير فيه
وفي الصبي والمجنون نظرا لهما فيتحرى مصلحتهما فيه ولا بد من تعقل البيع
ليوجد ركن البيع فينعقد موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع
ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعنوه الذي
يصلح وكيلا عن غيره كما بينا في الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع
فاسد الشرى والاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا
عليه كما في الشراء الفضولي وههنا لم يوجد نفاذا لعدم الاهلية او لضرر
المولى فوقفناه قال وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال
دون الافعال لانه لا فرق لها لوجودها حسا ومشاهدة بخلاف
الاقوال لان اعتبارها موجوده بالشرع والقصد من شرطه الا اذا
كان فعلا يتعلق به حكم تندرئ بالشبهات كالجدود والقصاص فيجعل

عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال والصبي والمجنون
لا يصح عقودهما ولا اقرارهما لما بيناه ولا يقع طلاقهما ولا عتاقهما لقوله
عليه السلام كل طلاق واقع الا طلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتخصص بحضرة
ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق لكمال العدم الشهوة ولا وقوف
للولي على عدم التوافق بينهما على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا
لا يتوقفان على اجازته فلا ينفذان بمباشرته بخلاف سائر العقود قال
وان اتلفا شيئا لزمهما ضمانه لايجاب الحق المتلف عليه وهذا لان كون
الاتلاف موجبا لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه
والحائط المائل بعد الاشهاد بخلاف القولي على ما بيناه قال فاما العبد
فاقراره نافذ في حق نفسه لقيام اهليته غير نافذ في حق مولاه لرعاية حاجته
لان نفاذه لا يخلو عن تعلق الدين برقبته او كسبه وكل ذلك اتلاف ماله
قال فان اقر بمال لزمه بعد الحرية لوجود الاهلية وزوال المانع و
لا يلزمه في الحال لقيام المانع وان اقر بحد او قصاص لزمه لانه مبقى
على اصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح اقرار المولى بذلك عليه وينفذ
طلاقه لما روينا ولقوله عليه السلام لا يملك العبد والمكاتب شيئا الا الطلاق
لانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان اهلا وليس فيه ابطال ملك المولى
ولا تفويت منافعه فينفذ

باب الحجر

للفساد قال ابو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر العاقل البالغ السفيه
وتصرفه في ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له
فيه ولا مصلحة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي
رحمه الله يحجر على السفيه ويمنع من التصرف في ماله لانه مبذر ماله لصرفه
لا على وجه الذي يقتضيه العقل فيحجر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي
بل اولى لان الغابن في حق الصبي احتمال التبذير وفي حقه حقيقة

ولهذا يمنع عنه المال لأن هو لا يفيد بدون الحجر لأنه يتلف بلسانه ما منع منه
ولأبي حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتبارا بالرشيد وهذا لأن
في سلب ولايته إهدار آدميته والإلحاق بالبهائم وهو أشد ضررا من التبذير
ولا يتحمل الأعلى لدفع الأدنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام كالحجر على
المتطبب الجاهل والمفتي الماجن والمكاري المفلس جاز فيما يروى عنه إذ هو
دفع الأعلى بالأدنى ولا نسلم القياس على منع الحجر إلى منع في العقوبة
ولا على الصبي لأنه عاجز عن النظر لنفسه وهو ولاية عليه نظرا له الشارع
مرة بإعطاء آلة القدرة والجري على خلافه بسوء اختياره ومنع المال
مفيد لأن غالب السفه في الجبلات والصبوات وذلك يقع على البدو إذا
حجر القاضي عليه ثم رفع إلى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق عنه جاز لأن الحجر
من فتوى وليس بقضاء إذ لم يوجد المقضي له والمقضي عليه ولو كان
قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء حتى لو رفع تصرفه
بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى
قاض آخر نفذ إبطاله لتمام الإمضاء به فلا يقبل النقض بعد ذلك
ثم عند أبي حنيفة رحمه الله إذا بلغ الغلام غير رشيد لم يسلم إليه ماله حتى
يبلغ خمسا وعشرين سنة فإن تصرف فيه قبل ذلك نفذ تصرفه فإذا بلغ
خمسا وعشرين سنة سلم إليه ماله وإن لم يؤنس منه الرشد وقالا لا يدفع إليه
ماله أبدا حتى يؤنس رشده ولا يجوز تصرفه فيه لأن علة المنع السفه
فيبقى ما بقي العلة وصار كالصبي ولأبي حنيفة رحمه الله أن منع المال عنه
بطريق التأديب ولا يتأدب بعد هذا ظاهرا وغالبا إلا بأن يرى أنه
قد يجيز جدا في هذا السن فلا فائدة للمنع فلزم ولأن المنع باعتبار
أثر الصبي وهو أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع
ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال

عنه لانه ليس باهل الصبي ثم لا يتأتى التفريع على قوله وانما التفريع على
قول من يرى الحجر وعندهما المانع الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع توفيرا للغابن
الحجر عليه وان كان فيه مصلحة اجازه الحاكم لان ذلك التصرف قد وجد
والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظرا فيقوم بالمصلحة فيه كما في
الصبي الذي يعقل البيع ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند ابي
يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائر بين النظر
والضرر والحجر للنظر فلا بد من فعل القاضي وعند محمد رحمه الله لا يجوز لانه
تبلغ محجورا عنده اذا العلة هي السفه بمنزلة الصبي وعلى هذا الخلاف
اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان اعتق عبدا تدعنقه عندهما و
عند الشافعي رحمه الله لا ينفذ والاصل عندهما ان كل تصرف يؤثر فيه الهزل
يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث انهما هازل
يخرج كلامه على نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان
في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه ولا اصل عنده
ان الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته
الا الطلاق كالمرقوق والاعتاق لا يصح من الرقيق فكذا من السفيه واذا
صح عندهما كان على العبد ان يسعى في قيمته لان الحجر لمعنى النظر وذلك في
حق العتق الا انه متعذر فيجب رده برد قيمته كما في الحجر على المريض وعند محمد
رحمه الله انه لا تجب السعاية لانه لو وجب انما يجب حقا للمعتق والسعاية ما
عهد وجوبها في الشرع الا حق غير المعتق ولو دبر عبده جاز لانه يوجب
حق العتق فيعتبر بحقيقته الا انه لا تجب السعاية ما دام المولى حيا لانه
باق على ملكه واذا مات ولم يوثر منه الرشد يسعى في قيمته مدبرا لانه عتق
بموته وهو مدبر صادف اذا اعتق بعد التدبير ولو جاءت جاريته بولد
فادعاه ثبت نسبه منه فكان الولد حرا والجارية صارت ام ولده لانه يحتاج الى

ذلك لا بقاء نسله فالحق بالمصلح في حقه وان لم يكن معها ولد وقال هذه
هذه ام ولد كانت بمنزلة ام الولد لا يقدر على بيعها وان مات سعت في
جميع قيمتها لانه كان اقر لها بالحرية اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل
الاول لان الولد شاهد لها ونظيره المريض اذا ادعى ولد جاريته فهو
على هذا التفصيل قال وان تزوج امرأة جاز نكاحها لانه لا يؤثر فيه
الهزل ولانه من حوائجه الاصلية وان سمى لها جاز منه مقدار مهر مثلها
لانه من ضرورات النكاح وبطل الفضل لانه لا ضرورة فيه وهو التزام
التسمية ولا نظر له فيه فلم يصح التزامه وصار كالمريض مرض الموت ولو
طلقها قبل الدخول وجب لها النصف في ماله لان التسمية صحيحة
مقدار مهر المثل وكذا اذا تزوج باربع نسوة او كل يوم واحدة لما
بينا قال ويخرج الزكوة من مال السفيه لانه واجب عليه ويبقى على
اولاده وزوجته ومن يجب نفقته من ذوي ارحامه لان احياء ولده و
زوجته من حوائجه والانفاق على ذوي الرحم واجب عليه حقا لقرابته
والسفه لا يبطل حقوق الناس الا ان القاضي يرفع قدر الزكوة اليه ليصرفها
الى مصارفها لانه لا بد من نيته لكونها عبادة لكن يبعث امينا معه كيلا
يصرفه في غير وجهه وفي النفقة يرفع الى امين ليصرفه لانه ليس بعبادة
فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف او نذر او ظاهر حيث لا
يلزمه المال بل يكفر يمينه وظهاره بالصوم لانه هو الواجب بفعله فلو فتحنا
هذا الباب يتردد امواله بهذا الطريق ولا كذلك ما يجب ابتداء بغير فعله
قال فان اراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانه واجب عليه بايجاب الله
من غير صنعه ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج
ينفقها عليه من طريق الحج كيلا يتلفها وغير هذا الوجه ولو اراد عمرة
واجبة لا يمنع منها استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما

زاد على مرة واحدة من الحج ولا تمنع من القران لانه لا يمنع من افراد السفر
لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما من ان يسوق بدنة تجردا عن موضع الخلاف
اذ عند ابن عمر رضي الله عنه لا يجزيه غيرها وهي جزور او بقرة فان مرض او اوصى
بوصايا في القرب او ابواب الخير جاز ذلك في ثلثه لان نظره فيه اذ هي حالة انقطاع
عن اموالهم والوصية تخلف ثناء او ثوابا وقد ذكرنا من التفريعات اكثر من
هذا في كفاية المنتهى قال ولا يحجر على الفاسق اذا كان مصلحا لماله
عندنا والفسق الاصلي والطاري سواء وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه زجرا
له وعقوبة عليه كما في السفيه ولهذا لم يجعل اهلا للولاية والشهادة عنده
ولنا قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم وقد اونس نوع رشد
فيتناوله النكرة المطلقة وان الفاسق من اهل الولاية عندنا ولهذا
فيكون اهلا للتصرف وقد قررناه فيما تقدم ويحجر القاضي عندهما ايضا
وهو قول الشافعي رحمه الله بسبب الغفلة وهو ان يغبن في التجارات ولا يهتدي
عنها لسلامة قلبه لما في الحجر من النظر له

فصل في البلوغ

قال حد
بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال واوحى فان لم يوجد ذلك فحتى
يتم له ثماني عشرة سنة عند ابي حنيفة رحمه الله وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام
والحبل فان لم يوجد ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وعندهما في الغلام تسع عشرة سنة وهو المراد ان يطعن في التاسع عشر سنة ويتم
له ثماني عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر في بعض
النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة اما العلامة فلان البلوغ بالانزال
حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض في اوان الحبل
فجعل كل ذلك علامة البلوغ وادنى المدة في ذلك في حق الغلام اثنتي عشرة
سنة وفي حق الجارية تسع سنين واما السن فلهم العلامة الغالبة ان البلوغ
لا يتاخر فيهما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ اشده واشد الصبي ثماني

عشرة سنة كذا قاله ابن عباس رضي الله عنهما وتابعه الفقيه رحمه الله وهذا
اقل ما قيل فيه فيبنى الحكم عليه المتيقن به غير ان الاناث نشوهن في ادراك
اسرع فنقصنا في حقهن سنة اشتمالا على الفصول الاربعة التي يوافق
واحد منها المزاج لا محالة واذا راهق العلاء او الجارية الحلم وانسلخ امره
في البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله واحكام البالغين لانه معنى
لا يعرف الا من جهتها ظاهرا فاذا اخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قولهما
فيه كما يقبل قول المرأة في الحيض

باب الحجر بسبب الدين

قال ابو حنيفة رحمه الله لا حجر في الدين واذا وجبت ديون
على رجل وطلب غرماؤه حبسه والحجر عليه لم اجبهم الى ذلك اما الحجر
اهلية فلا يجوز لدفع ضرر خاص وان كان مالا لم يتصرف فيه الحاكم
لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص ولكن يحبسه
ابدا حتى يبيعه في دينه ايفاء لحق الغرماء ودفعا لظلمه وقالا اذا
طلب غرماء المفلس الحجر عليه حجر القاضي عليه ومنعه من البيع والتصرف
والاقرار حتى لا يضر بالغرماء لان الحجر على السفيه انما جوزناه نظرا له
وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلجئ ماله فيفوت حقهم ومعنى
قولهما ومنعه من البيع ان يكون باقل من ثمن المثل اما البيع بثمن
المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه وباع ماله اذا
امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما لان البيع
مستحق عليه لايفاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه
كما في الجنة والغنية فاما التلجئة فهو موهوم والمستحق قضاء الدين والبيع
ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الجنة والغنية والحبس لقضاء الدين
يخالف من الطريق ليفيد ولو صح البيع كان الحبس اضرارا بهما بتاخير
حق الدائن في تعذيب المديون فلا يكون مشروعا قال وان كان دينه

ودراهم وله دراهم قضى القاضي بغير أمره وهذا بالإجماع لأن للدائن حق
الأخذ من غير رضاه فللقاضي أن يعينه وإن كان دينه دراهم وله دنانير
أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه عند أبي حنيفة رحمه الله وهذا استحسان
والقياس أن لا يبيع كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذ جبرا وجه الاستحسان أنهما تتجانسان في الثمنية والمالية تختلفان في
الصورة فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى
الاختلاف يثبت عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض
لأن العرض يتعلق بصورتها وأعيانها أما النقود وسائل فافترقا
ويباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ بالأيسر فالأيسر
لما فيه من المسارعة إلى قضاء الدين مع مراعاة جانب المديون ويترك
دست من ثيابه بدنه ويباع الباقي لأن به كفايته وفسر دستان لأنه إذا
غسل ثيابه لا بد له من ملبس قال وإن أقر في حالة الحجر بإقرار
لزمه ذلك بعد قضاء الدين لأنه تعلق بهذا المال حق الغرماء فلا يتمكن
من إبطال حقهم بالإقرار لغيرهم بخلاف ما استهلك لأنه مشاهد لا مرية
فيه ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه لأن حقهم لم يتعلق بذلك
المال لعدم وقت الحجر قال وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته
وولده الصغار وذوي أرحامه لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق
الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يبطله الحجر ولهذا لو تزوج امرأة كانت في
مقدار مهر مثلها إسوة للغرماء قال وإن لم يعرف للمفلس مال وطلب
غرماؤه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدله
عن مال حصل في يده كثمن المبيع وبدل القرض أو التزمه بعقد كالمهر والكفالة
وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي من هذا الكتاب فلا نعيدها
إلى أن قال وكذلك إن أقام البينة أنه لا مال له يعني خلي سبيله لوجوب النظرة

إلى الميسرة ولو مرض في الحبس يخلى فيه إن كان له خادم يقوم بمعالجته وإن لم يكن
أخرجه بحرزا عن هلاكه والحرف لا يمكن فيه من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليبقى
قلبه فيتبعث على قضاء دينه بخلاف ما إذا كان له جارية وفي موضع عمله وجهان
لا يمنع منه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيتعين لقضاء الأخرى قال ولا يحول
بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بالملازمة ولا يمنعونه من التصرف
التسفر لقوله عليه السلام لصاحب الحق يد ولسان أراد باليد الملازمة وباللسان
التقاضي ويأخذون فضل كسبه تقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في الفك
وقالا إذا قلبه كل مال من الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا
لأن القضاء بالإفلاس عندهما يصح فيثبت الغيبة ويستحق النظرة وعند
أبي حنيفة رحمه الله لا يتحقق القضاء بالإفلاس لأن مال الله تعالى غائب وبراءة ذمته
وقوف الشهود على المال لا يتحقق إلا ظاهرا فيصلح للدفع لا لإبطال الحق
الملازمة وقوله إلا أن يقيموا البينة إشارة إلى أن البينة للمدين ترجح على بينة
الإعسار لأنها أكثر إثباتا إذ الأصل هو الغيبة وقوله في الملازمة لا يمنعونه
من التصرف والتسفر دليل على أنه يدور حيث ما دار ولا يجلسه في موضع
لأنه حبس ولو دخل حاجته لا يتبعه بل يجلسه على باب داره إلى أن يخرج
لأن الإنسان لا بد له من كون له موضع خلوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب
الملازمة فالخيار إلى الطالب لأن إبلاغ حصول المقصود لاختيار الأخف
عليه إلا إذا علم القاضي أن يدخل عليه الملازمة ضرر بين لأن لا يمكنه من دخول داره
حينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلازمها لما فيه
من الخلوة بالأجنبية ولكن تبعث امرأة أمينة تلازمها قال ومن أفلس وعنده
متاع لرجل بعينه أيناجره منه فصاحب المتاع إسوة للغرماء فيه وقال الشافعي
رحمه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ لأنه عجز المشتري عن
إيفاء الثمن فيوجب له حق الفسخ لعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لأنه

عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وهما كالسلم ولنا ان الافلاس موجب
العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد ولا يثبت حق الفسخ باعتبار
وانما المستحق وصف في الذمة اعني الدين ويقبض العين يتحقق منهما مبادلة
هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع العذر كالسلم لان الاستبدال ممتنع
فاعطى للعين حكم الدين كتاب

الماذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الحجر واسقاط الحق
عندنا والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه باهليته لانه بعد الرق بقي اهلا للتصرف
بلسانه الناطق وعقله المميز والحجر عن التصرف حق المولى لانه ما عهد
الا موجبا تعلق الدين برقبته او كسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كيلا
يبطل حقه من غير رضاه ولهذا لا يرجع بما لحقه من العهدة على المولى ولهذا
لا يقبل الناقيت حتى لو اذن لعبده يوما او شهرا كان ماذونا ابدا حتى يحجر
عليه لان الاسقاط لا يتوقت ثم الاذن كما يثبت بالصريح يثبت بالدلالة كما اذا
راى عبده يسرح ويبيع فسكت يصير ماذونا عندنا خلافا لزفر والشافعي
وله فرق بين ان يبيع عينا مملوكا للمولى او للاجنبي باذنه او بغير اذنه بيعا
صحيحا او فاسدا لان كل من راه يظنه ماذونا له فيهما فيعاقده فيتضرر به لو
لم يكن ماذونا له ولو لم يكن المولى راضيا به لمنعه دفعا للضرر عنهم قال
واذا اذن المولى لعبده في التجارة اذنا عاما جاز تصرفه في سائر التجارات
ومعنى هذه المسئلة ان يقول له اذنت لك في التجارة ولا يقيد وجهه ان
التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشتري ما بدا له من انواع الاعيان لانه
اصل التجارة ولو باع او اشترى بالغبن اليسير فهو جائز لتعذر الاحتراز عنه
وكذا بالفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله خلافا لهما هما يقولان ان البيع بالفاحش
منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من الثلث فلا ينتظمه الاذن وله انه تجارة
والعبد متصرف باهليته نفسه فصار كالحر وعلى هذا الخلاف الصبي الماذون

ولو جاء في مرض موته يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين ولو كان فمن
جميع ما بقي الا قدر الدين فيصار في الجزء على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان
كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري ادفع جميع الجارية والا فارجع في البيع
كما في الحر وله ان يسلم ويقبل السلم لانه تجارة وله ان يوكل بالبيع والشراء
لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال ويرهن ويرتهن لانهما من توابع التجارة
فانهما ايفاء واستيفاء وملك ان يستغل الارض ويستاجر للاجارة والبيوت
لان كل ذلك من صنيع التجار وياخذ الارض مزارعة لان فيه تحصيل الربح و
يشتري طعاما ليزرعه في ارضه لانه يقصد به الربح وان علم الزارع
ويؤاجره وله ان يشارك شركة عنان ويدفع المال مضاربة وياخذ المال
من عادة التجار وله ان يؤاجر نفسه عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول
لا يملك التصرف في نفسه وكذا على منافعها تابعة لها ولنا ان نفسه رأس
ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يحجر
والرهن لانه تحبيس فلا يحصل مقصود المولى الا اذا لا يتحجر ويحصل به
المقصود وهو الربح فيملكه قال فان اذن له في نوع منها دون نوع فهو
ماذون في جميعها وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يكون ماذونا الا في ذلك النوع
وعلى هذا الخلاف اذا نهاه عن التصرف في نوع آخر لهما ان الاذن توكيل وانابة
من المولى لانه يستفيد الولاية من جهته ويثبت الحكم وهو الملك له دون العبد
ولهذا يملك الحجر فيخصص بما خصه به كالمضارب ولنا انه اسقاط الحق وفك
الحجر على ما بيناه وعند ذلك يظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع
بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف
وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والنفقة ومال
عنه يخلف المالك فيه قال وان اذن له في شيء بعينه فليس بماذون
لانه استخدام ومعناه ان يامره بشراء ثوب للكسوة او طعام لرزق اهله وهذا

لأنه لو صار مأذونا لثبت عليه بالإذن سخرة لم يخلف إذا قال لأكد إلى الغلة كل شهر
كذا أو قال إذا أتى الفاو انت حر لأنه طلب منه المال ولا يحصله إلا بالكسب أو قال
أنفق مبتاعا أو قصابا لأنه إذن بشراء ما لا بد لها منه وهو نوع فيصير مأذونا
في الأنواع كلها قال ولا إقرار للمأذون بالديون والغصوب جائز وكذا بالودائع والأمانات
لأن إقراره من توابع التجارة إذ لو لم يقع لاجتنب الناس مبايعته ومعاملته ولا فرق
بين ما إذا كان عليه دين أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحته وإن كان في مرضه يقدم دين
الصحة لأن في الحجر خلاف الإقرار بما يجب من المال لا بسبب التجارة كالمحجور في حقه قال
وليس له أن يتزوج لأنه ليس بتجارة ولا يزوج مماليكه وقال أبو يوسف رحمه الله يزوج ولا إقرار بضمان
لأنه لتحصيل المال بمنافعها فأشبه إجارتها ولهما أن الإذن تضمن المجارة
وهذا ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون
والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي قال ولا يكاتب لأنه ليس بتجارة
إذ هي مبادلة المال بالمال والمبدل فيه مقابل لفك الحجر فلم يكن تجارة إلا أن يجيزه
المولى ولا دين عليه لأن المولى قد ملكه ويصير العبد نائبا عنه ويرجع بالحقوق
إلى المولى لأن الوكيل في الكتابة سفير قال ولا يعتق على مال لأنه لا يملك
الكتابة فلا عتاق ولا يقرض لأنه تبرع محض كالهبة ولا يهب بعوض ولا بغير
عوض وكذا لا يتصدق لأن كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاء أو ابتداء
فلا يدخل تحت الإذن بالتجارة قال إلا أن يهدي اليسير من الطعام أو يضيف
من يطعمه لأنه من ضرورات التجارة استجلابا لقلوب الجماهير بخلاف المحجور عليه
لأنه لا إذن له أصلا فكيف يثبت ما هو من ضروراته وعن أبي يوسف رحمه الله أن المحجور
عليه إذا أعطاه المولى قوت يومه فدفعه بعض رفقائه على ذلك الطعام
فلا بأس به بخلاف ما إذا أعطاه قوت شهر لأنهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى
قالوا ولا بأس للمرأة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه
لأن ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط

التجار لأنه من صنيعهم وربما يكون الحط أنظر له من قبول المعيب بخلاف ما إذا حط
من غير عيب لأنه متبرع محض بعد تمام العقد وليس من صنيع التجار ولا كذلك
المحاباة في الابتداء لأنه قد يحتاج إليها على ما بيناه وله أن يؤجل في دين وجب
له لأنه من صنيع التجار قال ودينه متعلق برقبته يباع للغرماء إلا أن
يفديه المولى وقال زفر والشافعي رحمهما الله يباع ويباع كسبه في دينه بالإجماع
لهما أن غرض المولى من الإذن تحصيل مال لم يكن إلا تفويت مال فكان له وذلك
في تعليق الدين بكسبه حتى إذا فضل شيء عن الدين يحصل له إلا بالرقبة كحال
دين الاستهلاك لأنه نوع جناية واستهلاك الرقبة بالجناية لا يتعلق بالإذن
ولنا أن الواجب أخذ العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته
استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لأن سبب التجارة
وهي داخلة تحت الإذن وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فيكون
هذا الوجه صلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه و
تعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما غير أنه يبدأ بالكسب في الاستيفاء
إبقاء لحق الغرماء وإبقاء لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة
وقوله في الكتاب دينه المراد منه دين وجب بالتجارة أو بما هو في معناها كالبيع
والشراء والإجارة والاستيجار وضمان المغصوب والودائع والأمانات إذا جحدها
وما يجب بالعقر بوطء المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده إلى الشراء فيلحق به
قال ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة
فإن فضل شيء من دينه طولب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة
به ولا يباع ثانيا كيلا يمتنع البيع أو دفعا للضرر المشترك ويتعلق دينه
بكسبه سواء حصل قبل لحوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة لأن
المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ ولا يتعلق بما يتبدله
المولى من ماله قبل الدين لوجود شرط الخلوص له ولو أن آخر غلة مثله بعد

الدين لانه لو لم يكن منه يحجر عليه فلا يحصل الكسب والزيادة على غلة المثل ترد بها
على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال وان حجر عليه لم يحجر حتى يظهر
حجره بين اهل السوق لانه لو الحجر لتضرر بتاخير حقهم الى ان يعلم العبد المتوهم لم يتعلق
برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاء ذلك ويشترط علم اكثر اهل سوقه حتى لو
علم في السوق وليس فيه الا رجل او رجلان لا يحجر ولو بايعوه جاز ولو بايعه
الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته بحضرة اكثر اهل سوقه يحجر والمعتبر
شيوع الحجر واشتهاره فيقام ذلك مقام الظهور عند الكل كما في تبليغ الرسالة
من الرسل عليهم السلام وبقي العبد ماذونا الى ان يعلم بالحجر كالوكيل الى ان يعلم
بالعزل وهذا لانه لا يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق
وما رضي به وانما يشترط الشيوع في الحجر اذا كان الاذن شايعا اما اذا لم يعلم
به الا العبد ثم حجر عليه يعلم منه يحجر لانه لا ضرر قال ولو مات المولى او جن او
لحق بدار الحرب مرتدا صار المأذون محجورا لان الاذن غير لازم وما لا يكون
لازما من التصرف تعطل لزومه حكم الابتداء وهو لا يجعل فلا بد من قيام اهليته
للاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت واللحوق والجنون وكذا بالحجر والموت كلما
حتى قسم ماله بين ورثته قال واذا ابق العبد صار محجورا عليه وقال
الشافعي رحمه الله ماذونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن وكذا لا ينافي بقاءه
وصار كالغصب ولنا ان الاباق مجرد الاباق لانه انما يرضى بكونه ماذونا
على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة
معتبرة عند وجود الصريح بخلاف الغصب لان الانتزاع من
يد الغاصب متيسر قال واذا ولدت المأذونة ولدا من مولاها فانه يحجر
عليها حالا فالزفر رحمه الله هو يعتبر البقاء بالابتداء ولنا ان الظاهر
انه خصها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر علة بخلاف الابتداء لان
الصريح قاض على الدلالة ويضمن المولى قيمتها ان ركبتها ديون لانه فوت

عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا تهمة فيه بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث
يعتبر قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة يتعلق بعينه حتى لا يجوز
الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء تعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لزيادة نقصان يجوز البيع ويخير المولى إن شاء
أزال المحاباة وإن شاء نقض وعلى المذهبين المتيسر من المحاباة والقاصر
سواء وجه ذلك أن الامتناع لدفع الضرر عن الغرماء وبهذا يندفع الضرر
وهو الخلاف في البيع من الأجنبي بالمحاباة اليسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بإزالة
المحاباة والمولى يؤمر به لأن البيع بالمتيسر منهما متردد بين التبرع والبيع
لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع مع المولى للتهمة غير
أن العبد تبرع في حق الأجنبي لانعدامها وبخلاف ما إذا باع من الأجنبي بالكثير من
المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما من المولى يجوز ويؤمر بإزالة المحاباة
لأن المحاباة لا تجوز من العبد الماذون على أصلهما إلا بإذن المولى ولا إذن
في البيع من الأجنبي وهو أذن بمباشرته نفسه معتبر لنفاذ المحاباة لحق
الغرماء وهذا الفرق على أصلهما قال وإن باع المولى شيئا مثل القيمة
أو أقل جاز البيع لأن المولى أجنبي عن كسبه إذا كان عليه دين على ما بينا
ولا تهمة في هذا البيع ولأنه مفيد فإنه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن
المولى من أخذ الثمن بعد لأنه لم يكن لهذا التمكن صحة التصرف بيع الغائب
فإن سلم إليه قبل قبض الثمن بطل الثمن لأن حق المولى في العين من حيث الحبس
ولو بقي بعد سقوطه بقي في الدين ولا يستوجبه المولى على عبده بخلاف ما إذا كان
الثمن عرضا لأنه يتعين وحاجة لأنه يبقى حقه متعلقا بالعين قال وإن أمسك
في يده حتى يستوفي الثمن جاز لأن للبائع حق حبس المبيع ولهذا كان أحق به
من الغرماء أو جاز لأن يكون للمولى حق في الدين إذا كان يتعلق بالعين ولو باعه
بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة المحاباة أو نقض البيع كما ذكرنا في جانب العبد لأن الزيادة

تعلق بها حق الغرماء قال وإذا أعتق المولى الماذون وعليه ديون
فعتقه جائز لأن ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لأنه أتلفها تعلق
به حقهم تبعا واستيفاء من ثمنه وما بقي من الديون فطالبهم به بعد العتق
لأن الدين في ذمته وما لزم المولى إلا بقدر ما أتلف ضمانا فبقي الباقي عليه
كما كان وإن كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لأن حقهم تقدر به بخلاف ما إذا
أعتق المدبر وأم الولد الماذون لهما وقد كسبا ديونا لأن حق الغرماء
لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلا يضمن شيئا
قال فإن باع المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه
فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاءوا المشتري لأن العبد
يتعلق به حقهم حتى كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى دينهم والبائع
متلف بالبيع والمسلم والمسري بالعقد والتعيب فخيروا في التضمين
وإن شاءوا أجازوا البيع وأخذوا الثمن لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة
كالإذن السابق كما في المرهون فإن ضمنوا البائع قيمته لم يرد على المولى
بشيء وللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد لأن سبب الضمان
قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة
لم يرد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هنا
قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا
البيع لتعلق حقهم به وهو الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد
منهما فائدة فلأن أتم موفور والثاني ناقص معجل والبيع يفوت هذه الخيرة
فلهذا لهم أن يردوه قالوا وإذا لم يصل إليهم الثمن فإن وصل ولا
محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم قال ولو كان
البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه إذا أنكر الدين وهذا
عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري خصم وقضى

لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف لو اشترى جارية ووهبها وسلمها وغاب
ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس كخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل
قوله في مسئلة السعد له انه يدعي الملك لنفسه فكان خصما لكل من
ينازعه ولهما ان الدعوى بمعنى فسخ العقد وقد قام بهما فيكون قضاء
على الغائب قال ومن قدم مصرا وقال انا عبد لفلان فاشتري وباع
لزمه كل شيء من التجارة لانه ان اخبر بالاذن فالاخبار دليل عليه
وان لم يخبر فتصرفه اذن الظاهر ان المحجور يجري على موجب حجره والعمل
بالظاهر هو الاصل في المعاملات كله تضييق الامر على الناس الا انه
لا يباع حتى يحضر مولاه لانه لا تقبل قوله في الرقبة لانها خالص حق
المولى بخلاف الكسب لانه حق العبد على ما بيناه فان حضر وقال هو
مأذون بيع في الدين لانه ظهر الدين في حق المولى وان قال هو محجور
فالقول له لانه متمسك بالاصل **فصل** واذا اذن ولي
الصبي للصبي في التجارة صح البيع والشراء كالعبد المأذون اذا
كان يعقل البيع حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ لان حجره
لصباه فيبقى ببقائه ولانه مولى عليه حتى ملك الولي التصرف عليه وملك
حجره فلا يكون وليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم
والصلوة لانه لا يقام بالولي وكذا الوصية على اصله فتحققت
الضرورة الى تنفيذه منه اما البيع والشراء فيقوم الولي فلا ضرورة
ولنا ان التصرف المشروع صدر من اهله في محله صح ولايته شرعيته
توجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافيات والصبي سبب الحجر لعدم
الاهلية لا لذاته وقد تثبت نظرا الى الاذن الولي وبقاء ولايته لنظر الصبي
لاستنارة المصلحة بطريق واحتمال تبدل الحال بخلاف الطلاق والعتاق
لانه ضار محض فلم يوجد له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة

قبل الاذن والبيع والشراء دائر بين النفع والضرر فيجعل اهلا له بعد
الاذن لا قبله لكن قبل الاذن يكون موقوفا عند علي لجانة الولي لاحتمال
وقوعه نظرا له وصحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم
الاب والجد عند عدمه والوصي والقاضي والوالي بخلاف صاحب الشرط
لانه ليس اليه تقليد القضاء والشرط ان يعقل كون البيع سالبا للملك
جالبا للربح والتشبيه بالعبد المأذون يفيد لزوم ما ثبت في العبد
من الاحكام سوى حقه لان الاذن فك الحجر والمأذون تصرف باهليته
نفسه عبدا كان او صبيا ولا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع ويصير
مأذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا
عبوديته في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد ولا يملك تزويج العبد
ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة
الصبي يصير مأذونا باذن الاب والوصي والجد دون غيرهم على
ما بيناه وحكمه حكم الصبي **كتاب**
الغصب الغصب في اللغة اخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب
للاستعلاء فيه وفي الشريعة اخذ مال متقوم محترم بغير اذن المالك على
وجه يزيل يده حتى كان استخدام العبد وحمل الدابة غصبا دون الجلوس
على البساط لم ان كان مع العلم بحكمه الاثم والمغرم وان كان بدونه فالضمان
لانه حق العبد ولا يتوقف على قصده ولا الاثم لان الخطأ موضوع
قال ومن غصب شيئا له مثل كالمكيل والموزون فهلك في يده فعليه
مثله وفي بعض النسخ فعليه ضمان مثله ولا تفاوت بينهما وهذا لان
الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما
اعتدى عليكم ولان المثل اعدل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان
ادفع للضرر قال فان لم يقدر على مثله فعليه قيمته يوم الخصومة

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله
يوم الانقطاع لأبي يوسف رحمه الله أن المال ينقطع التحاقه بالأموال فلا يعتبر
قيمته يوم انعدام السبب إذ هو الموجب وأبو حنيفة رحمه الله أنزل الواجب المثل في
الذمة وإنما ينتقل إلى القيمة بالانقطاع فيعتبر قيمته يومئذ ولأبي حنيفة
رحمه الله أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا لو صبر إلى أن يوجد
له ذلك وإنما ينتقل بقضاء القاضي فيعتبر قيمته يوم الخصومة
بخلاف المثلي لأنه مطالب فيه بالقيمة بأصل السبب إذا وجد فيعتبر قيمته
عند ذلك قال وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العددي
المتفاوت لأنه تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية ودرهاً فيما
للضرر لتعذر الإمكان وأما العددي المتقارب فهو كالمكيل حتى يجب مثله
لقلة التفاوت وفي البر المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثل له وعلى الغاصب
رد العين معناه ما دام قائماً لقوله عليه السلام على اليد ما أخذت حتى ترده
وقال عليه السلام لا يحل لأحدكم أن يأخذ متاع أخيه لاعباً ولا جاداً فإن
أخذه فليرده عليه ولأن اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب
إعلاؤها بالرد عليه وهو الموجب الأصلي على ما قالوا ورد القيمة
تخلص خلفاً لأنه قاصر إذ الكمال في رد العين والمالية هو الموجب
الأصلي القيمة ورد العين تخلص ويظهر ذلك في بعض الأحكام
الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن فإن
ادعى هلاكها حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى
عليه بدلها لأن الواجب رد العين والهلاك عارض وهو يدعي ليرتاب
حاله فالظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الإفلاس وعليه ثمن مشاع فيحبس
إلى أن يعلم ما يدعيه وإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بدله
وهو القيمة قال والغصب فيما ينقل ويحول لأنه حقيقته بتحقق فيه

دون غيره لأن إزالة اليد بالنقل وإدخال غصب عقاراً وهلاكه في يده لم يضمنه
عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وهو قول أبي يوسف أولاً يضمنه
وبه قال الشافعي رحمه الله لتحقق إثبات اليد ومن ضرورته زوال يد المالك كما في
إجماع اليدين على محل واحد في حال واحدة يتحقق الوصفان وهو
الغصب على ما بيناه فصار كالمنقول وجحود الوديعة ولهما أن
إثبات اليد بإزالة اليد المالك فعل في العين وهو لا يتصور في
العقار لأن يد المالك لا تزول إلا بإخراجه عنه وهو فعل فيه لا
في العقار فصار كما إذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل
فعل فيه وهو الغصب ومسألة الجحود ممنوعة ولو سلم فالضمان هناك
بترك الحفظ الملتزم وبالجحود تاركاً لذلك قال وما نقصه منه النقل
وسلناه ضمنه في قولهم جميعاً لأنه إتلاف والعقار يضمن به ولو
غصب جاريتها وباعها وسلمها وأقر بذلك ولا بينة لصاحب الدار فهو على
الخلاف في الغصب هو الصحيح قال وإن انتقص بالزراعة
يغرم النقصان لأنه لا يتلف البعض فيما هو رأس ماله ويتصدق بالفضل
قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف
رحمه الله لا يتصدق وسنذكر الوجه من الجانبين إن شاء الله تعالى قال
وإذا هلك المغصوب في يد الغاصب بفعله أو بغير فعله ضمنه وفي أكثر
النسخ المختصر وإذا هلك المغصوب والمنقول هو المراد مما سبق إن الغصب
فيما ينقل وهذا لأن العين دخل في ضمانه بالغصب السابق إذ هو السبب
وعند العجز عن رده يجب القيمة أو يتقرر بذلك السبب ولهذا يعتبر قيمته
يوم الغصب ولم يقصر في يده ضمن النقصان لأنه دخل جميع
في ضمانه بالغصب ولم يقصر في يده ضمن النقصان لأنه دخل ما يتعذر
رد عينه بجزء قيمته بخلاف تراخي السعر إذا بقي في مكان الغصب
لأنه عبارة عن فوت

الرغبات دون فوت الجزء وكذا في البيع لانه ضمان عقد اما الغصب
فقبض والوصاية ضمان بالفعل لا بالعقد على ما عرف قال رضي الله عنه
ومراده غير ربوي اما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد
الاصل لانه يؤدي الى الربوا قال ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته
الغلة تعلم النقصان لما بينا وتتصدق بالغلة قال رضي الله عنه وهذا
عندهما استحسان وعنده لا يتصدق وعلى هذا الخلاف اذا اجر المستعير
المستعار لابي يوسف رحمه الله انه حصل في ضمانه وملكه الضمان ظاهر
وكذا الملك لان المضمون ملك بادائه الضمان مستند عندنا ولهما انه
حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذه حاله فسبيله التصدق
اذ الفرع يحصل على وصف الاصل والملك المستند ناقص ولا يتعدى
الخبث الى ملك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه لانه يستعين بالغلة
في اداء الضمان لان الخبث لاجل المالك ولهذا لو اداه الى ساع له التناول
فيزول الخبث بالاداء اليه كما في ما اذا باعه فهلك في يد المشتري لم يستحق
وغرمه ليس له ان يستعين بالغلة في اداء الثمن اليه لان الخبث كان لحق
المشتري الا اذا كان له كدين لانه محتاج اليه وله ان يصرفه الى حاجة
نفسه ولو اصاب مالا تصدق بمثله لو كان غنيا وقت الاستعمال وله كان
فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا قال ومن غصب الفا فاشترى بها جارية
فباعها بالفين فاشترى بالفين جارية فباعها بثلثة الاف فانه يتصدق
بجميع الربح وهذا عندهما واصله الغاصب او المودع اذا تصرف في
المغصوب او الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عندهما خلافا لابي
يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابها في الوديعة اظهر لانه لا يستند
الملك فيه الى ما قبل التصرف لانعدام سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه
ثم ظاهر فيما يتعين بالاشارة اما فيما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب
اشترى بها اشارة الى ان التصدق انما يجب اذا

اشار بها ونقد منها اما اذا اشار اليها ونقد غيرها او نقد منها و
اشار الى غيرها او اطلق اطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي
وجه ان الاشارة اذا كانت لا تفيد التعيين لا بد من التأكيد بالنقد لتحقق
الخبث وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب قبل ان يضمن وكذا بعد الضمان بكل
حال وهو المختار لاطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال ولو
استرى بالالف جارية تساوي الفين فوهبها او طعاما فاكله لم يتصدق
بشيء وهذا قوله جميعا لان الربح انما يتبين عند الهلاك الحقيقي وصل
فيما يتغير بعمل الغاصب واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب
حتى زال اسمها واعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها
وضمنها وله ان يحبسها حتى يؤدي بدلها لمن غصب شاة وذبحها
وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذ سيفا او صفرا
فعمل آنية وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك
وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله غير انه اذا اختار اخذ الرقيق لا يضمنه
النقصان عنده لانه يؤدي الى الربوا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو احق من الغرماء
بعد موته للشافعي رحمه الله ان العين باق فيبقى على ملكه وبتغير الصفة كما اذا القى
هبت الريح في الحنطة والقتها في طاحونة فطحنت وله معتبر بفعله لانه
محظور فلا يصلح سببا للملك على ما عرف فصار كما اذا انعدم الفعل اصلا
وصار كما اذا ذبح الشاة المغصوبة وسلخها وان يهلك لها انه اذا
قبله صنعه منقوصة صيرت عين المالك هالكا من وجه الا يرى انه يتبدل
الاسم وفات بعض المقاصد وحقه في الصنعة قائم من كل وجه فيترجح
على الاصل الذي هو فائت من وجه ولا يجعله سببا للملك من حيث انه محظور
بل من حيث انه احراز الصنعة بخلاف الشاة لان اسمه باق بعد الذبح

والشلو هو هذا الوجه يشمل الفصول المذكورة ويتفرع عليه غيرها فاحفظ

وقوله لا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها استحسانا والقياس أن يكون

له ذلك وهو قول الحسن وزفر وهكذا عن أبي حنيفة رحمه الله رواه الفقيه أبو الليث

وجه ووجه ثبوت الملك المطلق للمتصرف الا ترى أنه لو وهبه أو باعه

جاز وجه الاستحسان قوله عليه السلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا

صاحبها أطعموها الأسارى أفاد الأمر بالتصدق ولا يملك المالك وجه

الانتفاع للغاصب قبل الإرضاء والإباحة الانتفاع فتح باب الغصب

فيحرم قبل الرضا حسما لمادة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الكراهة لقيام الملك

كما في الملك الفاسد وإذا أدى البدل أباح لأن حق المالك صار موفى بالبدل

فحصلت مباحا له بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه وكذا إذا أدى

بالقضاء وضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضا منه لأنه لا يقضي إلا بطلبه

وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها غير أن عند أبي يوسف

يباح الانتفاع فيهما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف

تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنه

خلافا لهما واحتجا بما تقدم قال وإن غصب فضة أو ذهبا فضربها

دنانير أو دراهم لم يملكها عند أبي حنيفة رحمه الله فيأخذها ولا شيء

للغاصب وقالا يملكها الغاصب وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة

حتى يملكها المالك من وجه ألا ترى أنه لو مات بعض المغاصب

والشركاء يصلح رأس المال في المضاربات والشركات والمضروب يصلح

لذلك وله أن العين باق من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق ومعناه الأصلي

الثمنية وكونه موزونا وإنه باق حتى يجري فيه الربوا باعتباره وصلاحيته

لرأس المال وأحكام الصنعة دون العين وكذا الصنعة فيها غير متقومة

مطلقا لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها ومن غصب ساجة فبنى عليها زال

ملكه عنها ولزم الغاصب قيمتها وقال الشافعي رحمه الله للمالك

أخذها والأجر من الجانبين قدمنا هو آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه

إضرارا بالغاصب بنقض بنائه الجاهل من غير جناية وضرر المالك فيما

ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط الخيط المغصوب بظفر

جارية أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال الكرخي

والفقيه أبو جعفر رحمهما الله إنما ينقض إذا بنى في هواء المسجد أما

إذا بنى في نفس المسجد ينقض وجواب الكتاب يرد ذلك وهو الأصح

قال ومن ذبح شاة غيره أو ذبحها بالحيلة لم يضمن قيمتها وسلمها له و

إن شاء ضمنه نقصانها وكذا الجزور وكذا إذا قطع يدها هذا هو ظاهر

الرواية ووجهه أنه إتلاف من وجه باعتبار فوت الأغراض من الجلد

والدر والنسل وبقاء بعضها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش

في الثوب ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك

أن يضمنه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف

المأكول حيث يأخذه مع أرش المقطوع لأن الآدمي ينتفع بعد قطع

الطرف قال ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب

لمالكه لأن العين قائم من كل وجه وإنما دخله عيب فيضمنه ولو خرق

خرقا كثيرا يبطل عامة منافعه فلمالكه أن يضمنه جميع قيمته لأنه استهلاك

من هذا الوجه فكأنه أخرقه وقال رضي الله عنه ومعناه ترك الثوب عليه أن

شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعييب من وجه من حيث أن العين

باقية كذلك بعض المنافع قائم ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش لا يبطل

به عامة المنافع والصحيح أن الفاحش لا يفوت به بعض العين و

المنفعة واليسير لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل في النقصان

لأن محمدا رحمه الله جعل في الأصل قطع الثوب نقصانا فاحتملوا أن يبطل بعض

المنافع قال

ومن غصب أرضًا فغرس فيها أو بنى قيل له اقلع البناء والغرس وردّها
لقوله عليه السلام ليس لعرق ظالم حق ولأن مالك صاحب الأرض باقٍ فإن
الأرض لم تصر مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للمالك من سبب
فيؤمر الشاغل بتفريغها كما إذا شغل ظرفه بغير متاعه فإن كانت الأرض
تنقص بقلع ذلك فالمالك بالخيار إن شاء ضمّن له قيمة البناء والغرس مقلوعًا و
يكون له لأن فيه نظرًا لهما ودفع الضرر عنهما وقوله قيمته مقلوعًا
معناه قيمة بناء أو شجر يؤمر بقلعه لأن حقه فيه إذ لا قرار له فيقوم
الأرض دون الشجر والبناء وتقوم بها شجرًا أو بناء لصاحب الأرض
أو يأمر بقلعه فيضمن فضل ما بينهما قال ومن غصب ثوبًا فصبغه
أحمر أو سويقًا فلته بسمن فصاحبه بالخيار إن شاء ضمّنه قيمة ثوب
أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما وغرم ما
زاد الصبغ والسمن فيهما وقال الشافعي رحمه الله في الثوب لصاحبه أن
يمسكه ويأمر الغاصب بقطع الصبغ بالقدر الممكن اعتبارًا بفصل الساحة
لأن التمييز ممكن بخلاف السمن في السويق لأن التمييز متعذر ولنا
ما بيّنا أن فيه رعاية الجانبين والخيرة لصاحب الثوب لكونه صاحب
الأصل بخلاف الساحة يبنى فيها لأن النقض له بعد النقض لما الصبغ
بخلاف ما إذا انصبغ بهبوب الريح لأنه لا جناية من صاحب
الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة
رحمه الله في أصل المسألة وإن شاء رب الثوب باعه وبضرب قيمته أبيض
وصاحب الصبغ بما زاد الصبغ فيه لأن له أن لا يتملك الصبغ
بالقيمة وهذا امتناعه تعيين رعاية الجانبين في البيع وتأتي هذا
فيما إذا انصبغ بنفسه وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويق غير أن
السويق مذروات الأمثال فيضمن مثله والثوب مذروات القيم فيضمن

قيمته وفي الأصل يضمن قيمة السويق لأن السويق تفاوت بالقلي
فلم يبق مثليًا والمراد به المثل سماه به لقيامه مقامه والصفرة
كالحمرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عنده وعندهما زيادة وقيل
هذا اختلاف عصر وزمان وقيل إن كان ثوبًا ينقصه السواد فهو
نقصان وإن كان ثوبًا يزيد فيه السواد فهو كالحمرة وقد عرف في غير
هذا الموضع ولو كان ثوبًا ينقصه الحمرة بأن كانت قيمته ثلثين
فتراجعت بالصبغ إلى عشرين فعن محمد رحمه الله أنه ينظر إلى ثوب يزيد
فيه الحمرة فإن كان الزيادة حسبه يأخذ ثوبه وحسبه درهم لأن أجدى
الخمسين جبرت بالصبغ والله أعلم

فصل

ومن غصب عينًا فغيّبها فضمّنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي
رحمه الله لا يملكها لأن الغصب محظور فلا يصلح سببًا للملك كما في
المدبر ولنا أنه ملك البدل حكمًا له والمبدل قابل للنقل فيملك كما في
ملك يملكه دفعًا للضرر عنه بخلاف المدبر لأنه غير قابل للنقل
لحق المدبر نعم قد ينفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن
قال والقول مع القيمة قول الغاصب مع يمينه لأن المالك يدعي الزيادة وهو
ينكر والقول للمنكر مع يمينه إلا أن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك
لأنه أثبته بالحجة الملزمة قال فإن ظهر العين وقيمتها أكثر مما
ضمن وقد ضمنها بقول المالك أو ببينته أقامها أو بنكول الغاصب عن
اليمين فله الخيار للمالك وهو للغاصب لأنه تم له الملك بسبب انتقاله
رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال وإن كان ضمنه بقول
الغاصب مع يمينه فهو بالخيار إن شاء أمضى الضمان وإن شاء أخذ
العين ورد العوض لأنه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة
وأخذ دونها لعدم الحجة ولو ظهر العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو
دونه في الفصل الأخير

وكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار
لانه لم يتم رضاه لانه لم يعط ما يدعيه والخيار لفوت الرضا قال ومن غصب
عبدا فباعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه ولم يعتقه ثم ضمن القيمة لم
يجز عتقه لان ملكه انما ثبت مستندا وهو الزيادة وجاز ان يكون المغصوب مبيعا وبالمغصوب عند المغصوب لا عنده
حق الاكساب دون الاولاد والنافذ يكفي لنفوذ البيع دون العتق كمكاتب
المكاتب قال وولد المغصوبة ولادها وثمرة البستان المغصوب لمالكه
في يد الغاصب لو هلك فلا ضمان عليه الا ان يتعدى فيها او يطلبها مالكها فيمنعها
اياه وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت او منفصلة
لوجود الغصب فيها وهو اثبات اليد على مال الغير من غير رضاه كما في
الطبية المخرجة من الحرم اذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولنا ان
اثبات اليد على مال الغير على وجه يزيد به المالك على ما ذكرنا وبد المالك كانت
ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب ولو اعتبرت ثابتة على الولد لا يزيلها
ازداد الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه يضمنه ولذا اذا تعدى
فيه على ما قال في الكتاب وذلك بان اتلفه او ذبحه واكله او باعه وسلمه
وفي الطبية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم
المنع وانما يضمنه اذا هلك بعده لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو
الشرع على هذا اكثر مشايخنا رحمهم الله ولو اطلق الجواب فهو ضمان جناية و
هذا اشكر تكرارها وجنايته فانه لا شأن ولا يحب صاحبه فوقها وهو اثبات
اليد على مستحق الامر اولى واجرى قال وما نقصت الجارية بالولادة في
ضمان الغاصب فان قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد وسقط
ضمانه عن الغاصب وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد
لان الولد ملكه فلا يصلح جابرا لملكه كما في ولد الطبية وكذا اذا هلك الولد
قبل الرد او مات بالام وبالولد وفاء وصار كما اذا اخذ صوف شاة او قطع قوائمها كذا سناه

وان نقصت بسبب الصبوة لان الحبل هو
السبب الى وضاع اسباب العمران في الفروج
ولهذا لا يكون الصبي اهلا للطلاق والعتاق
وان يحصل الشيء ما صنعه

فاضناه العا

بجرح غيره او خصي عبد غيره او علمه الجزء ولنا ان سبب الزيادة والنقصان
واحد وهو الولادة او الغلوق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا
فلا يوجب ضمانا وصار كما اذا غصب جارية سمينة فهزلت ثم سمنت او سيفا
ثلمته ثم نبتت او قطعت يد المغصوب في يده واخذ ارشها واذا مات
العبد الجنس عن نقصان القطع وولد الطبية ممنوع وكذا اذا ماتت الام
ويخرج الثانية ان الولادة ليست بسبب لحدوث الام اذ لا تفضي اليه غالبا ولا
ما لو اذا مات الولد قبل الرد لانه لا بد من رده اجلا للبراءة وكذا لا بد من رده
حلفه والخصي لا يعد زيادة لانه غرض بعض النفسة ولا اتحاد السبب فيما
ولا ادراك هذه المسائل الا ان سبب النقصان القطع والجزء وسبب الزيادة النمو
وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها الفهم قال ومن غصب جارية فولدت
فماتت ردها فحلبت وماتت في نفاسها يضمن قيمتها يوم غلقته ولا ضمان
عليه في الحرة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن في الامة ايضا
لهما ان الرد قد صح والهلاك بعده بسبب حدث في يد المالك وهو الولادة
فلا يضمن الغاصب كما اذا جنت في يد الغاصب ثم ردها وهلكت لو رنت في يده
ثم ردها فحلبت فهلكت منه ولكن اشترى جارية وقد حبلت عند البائع فولدت
عند المشتري وماتت في نفاسها لا يرجع على البائع بالثمن وله انه غصبها
وما انعقد فيها سبب التلف وردت وفيها ذلك فلم يوجد الرد على الوجه الذي
اخذ فلم يصح الرد وصار كما اذا جنت في يد الغاصب جناية فقتلت بها في يد المالك
او دفعت بها بان كانت الجناية خطأ يرجع على الغاصب بكل القيمة كذا هذا
بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب فيبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد
فجعل الشراء الواجب ابتداء التسليم وما ذكرناه شرط صحة الرد والزنا
سبب لحدوث مولم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال
ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الا ان ينقص باستعماله فيغرم النقصان

وقال الشافعي رحمه الله يضمنها في آخر المثل ولا فرق للمذهبين بينما إذا غصبها
أو سكنها وقال مالك لا سكنى بآخر المثل وإن غصبها لا شيء عليه لأن المنافع
أموال متقومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا أنه حبسها
على مالك الغاصب لجدوثها في يده إذ هي لم تكن حلالا في يد المالك لأنها
أعراض لا تبقى فيملكها دفعا لحاجته والإنسان لا يضمن ملكه لكنه إتلاف
بحقوق غصبها وإتلافها لأنه لا بقاء ولا نهاية لها قابل للأعيان لسرعة فنائها
وبقاء الأعيان وقد عرفت هذا المأخذ في المختلف ولا نسلم أنها متقومة
في ذاتها بل تتقوم ضرورة عند ورود العقد ولم يوجد العقد إلا أن ما انتقض
باستعماله مضمون عليه لاستهلاكه بعض أجزاء العين **فصل في غصب ما لا يتقوم**

قال وإن أتلف المسلم خمر الذمي أو خنزيره ضمن وإن أتلفها المسلم لم يضمن

وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنها الذمي أيضا وعلى هذا الخلاف إذا أتلفها ذمي
على ذمي أو باعها الذمي من ذمي له أنه سقط تقومها في حق المسلم فكذا في
حق الذمي لأنهم أتباع لنا في حق الأحكام ولا يجب بإتلافها مال متقوم وهو
الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم إذ الخمر لهم كالخل لنا والخنزير
كالشاة وكذا أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف وضوح فتعذر الإلزام
وإذا بقي التقوم فقد وجد إتلاف مال مأكول متقوم فيضمنه كإتلاف الميتة
والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين تحريمها إلا أنه يجب قيمة الخمر ولم
كان من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تمليكه لكونه إعزازا له بخلاف
ما إذا أحرق المبايعة بين الذميين لأن الذمي غير ممنوع عن تمليك الخمر وتملكه
وهذا بخلاف الربوا لأنه مستثنى عن عقودهم بخلاف العبد المرتد يكون للذمي
لأنا ما ضمنا لهم ترك التعرض لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك
التسمية إذا كان ممن يسجد لأن ولاية المحاجة ثابتة قال فإن غصب مسلم
خمرا فخللها أو جلد ميتة فدبغه فلصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الدبغ

ويأخذ جلد الميتة ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالفصل
الأول إذا خللها بالنقل من الشمس إلى الظل ومنه إلى الشمس و
بالفصل الثاني إذا دبغه بما له فيه كالقرظ والعفص ونحو ذلك
والفرق أن هذا التخليل تطهير له فنزل منزلة غسل الثوب النجس فيبقى
على ملكه إذ لا يثبت الملك له به وبهذا الدباغ إتصال الجلد بمال متقوم
للغاصب كالصبغ في الثوب فكان بمنزلته فلهذا يأخذ الخل بغير شيء و
يأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وبيانه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا
غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب الحبس
حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع قال وإن استهلكهما ضمن
الخل دون الجلد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الجلد مدبوغا
يعطي ما زاد الدباغ فيه ولو هلك في يده لا يضمنه بالإجماع أما الخل
فلأنه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف بحكم ملكه
أخل من ذوات الأمثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان
له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مدبوغا بالاستهلاك ويعطيه ما
زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه
المالك ما زاد الصبغ فيه ولأنه واجب الرد وإذا فوته عليه خلفه قيمته
كرأس المستعار وبهذا فارق الهلاك بنفسه وقولهما يعطي ما زاد
الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عند اتحاده يطرح عنه ذلك
القدر ويوخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الأخذ منه ثم الرد عليه وله
أن التقوم حصل بصنع الغاصب وصنعه متقوم لاستعماله مالا
متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان
حقا له والجلد تبعا لها في حق التقوم ثم الأصل وهو الصنعة غير مضمون
عليه فكذا التابع كما إذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد حال

قيامه لانه تبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الحل لثبوته قبلها وان
لم يكن متقوما لخلاف الذكي والثوب الطاهر المتقوم فيها كان تابعا قبل الدباغ
والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة ولو كان قائما فاراد المالك ان يتركه على
الغاصب في هذا الوجه ويضمنه قيمته فصل ليس له ذلك لان الجلد له
قيمة له لخلاف صبغ الثوب لان له قيمة وفصل ليس له ذلك عند ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما له ذلك لانه اذا ترك عليه وضمنه عجز الغاصب
عن رده فصار كالاستهلاك وهو على هذا الخلاف على ما بيناه ثم فصل
يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كما في الاستهلاك
وفصل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كتراب والشعير
فهو لمالكه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب فلو استهلكه الغاصب يضمن
قيمته مدبوغا وفصل طاهرا غير مدبوغ لان وصف الدباغة هو الذي
جعله مالا ويضمنه وجه الاول وعليه الاكثرون لان صفة الدباغة تابعة للجلد
فلا تفرد عنه واذا صار الجلد مضمونا بكذا صفته ولو جعل الخمر خلا
بالقاء الملح فيه قالوا عند ابي حنيفة رحمه الله صار ملكا للغاصب
ولا شيء عليه وعندهما اخذ المالك الخل واعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة
دبغ الجلد ومعناه هنا ان يعجن الملح في الخل وان اراد
المالك تركه عليه وضمنه وهو على ما قيل في دبغ الجلد ولو استهلكها
لا يضمنها عند ابي حنيفة خلافا لهما رحمهم الله كما في دبغ الجلد ولو خللها
بالقاء الخل فيها فعن محمد رحمه الله ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب
ولا شيء عليه لانه استهلاك وهو غير متقوم وان لم يصر خلا الا بعد
زمان ان كان الملقى فيه خلا قليلا وهو يغلبها على قرب كيلها لانه خلط
الخل بالخل في التقدير وهو على اصله ليس باستهلاك وعند ابي حنيفة رحمه الله
هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا

ضمان في الاستهلاك لانه اتلف ملك نفسه وعند محمد رحمه الله لا يضمن بالاستهلاك
في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه اتلف ملك غيره وبعض
المشايخ رحمهم الله اجروا جواب الكتاب على اطلاقه ان للمالك ان ياخذ الخل
في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما
وقد كثرت فيه اقوال المشايخ رحمهم الله وقد بينا ما في كفاية المنتهى
فصل ومن كسر بلسه بربطا او طبلا او مزمارا او دفا او اهراق له
سكرا او منصفا فهو ضامن وبيع هذه الاشياء جائز وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يضمن ولا يجوز بيعها وفصل الخلاف
في الدف والطبل الذي يضرب للهو فاما طبل الغزاة والدف الذي يباح
ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وفصل الفتوى في الضمان
على قولهما والسكر اسم للنيء من ماء الرطب اذا اشتد والمنصف ما ذهب
نصفه بالطبخ وفي المطبوخ ادنى طبخة وهو البادق عن ابي حنيفة رحمه الله
لهما ان في التضمين والبيع لهما ان هذه الاشياء احرزت للمعصية فبطل
تقومها كالخمر ولانه فعل ما فعل امرا بالمعروف وهو امر الشرع فلا يضمن
كما اذا فعل باذن الامام وله انها اموال الصلاح حقيقة لما بحل من وجوه
الانتفاع وان صلح لما لا يحل فصار كالامة المغنية وهذا لان الفساد
بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط التقوم وجواز البيع والتضمين مرتبان
على المالية والتقوم والامر بالمعروف لا يؤدي الى الاهدار لقدرتهم وبالسان الى غيرهم
وبحبسها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكبش النطوح والجارية
الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصي يحبس القيمة غير صالحة لهذه الاشياء
كذا هذا وفي السكر والمنصف يحبس القيمة ولا يحبس المثل لان المسلم ممنوع
عن تملك عينه وان كان لو فعل جاز وهذا الخلاف فيما اذا اتلف على نصراني خمرا
حيث يضمن قيمته صليبا لانه مقر على ذلك قال ومن غصب ام ولد

او مدبرة فماتت يده ضمن قيمته المدبر فلم يضمن قيمته ام الولد هذا في حنيفة
رحمه الله وقالا يضمن قيمتهما لان حالة المدبرة متقومة بالاعتاق وماليته
ام الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والبدل لا يذكر في العتاق
من هذا الكتاب

كتاب الشفعة

الشفعة مشتقة من الشفع وهو الضم سميت بها لما فيها
من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال الشفعة واجبة للخليط في نفس
المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم للجار اذا هذا اللفظ ثبوت
حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء واذا الترتيب اما الثبوت فلقوله عليه السلام
الشفعة لشريك لم يقاسم وقوله عليه السلام جار الدار احق بالدار والارض
منتظرة له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا وقوله عليه السلام الجار احق
بسقبه هذا يا رسول الله وما سقبه قال شفعته ويروى احق بشفعته والاول اشافعي
رحمه الله لا شفعة بالجوار لقوله عليه السلام الشفعة فيما لم يقسم فاذا وقعت
وصرفت الطرق فلا شفعة ولان حق الشفعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من
تملك المال على الغير من غير رضاه وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس
في معناه لان مؤنة القسمة تلزم في الحال دون الفرع ولنا ما روينا ولان ملكه
متصل بملك الدخيل اتصالا يبيد قرار فثبت له حق الشفعة عند وجود الجوار
بالمال اعتبارا لمورد الشرع وهو ان الاتصال على هذه الصفة انما نصب سببا
فيه لدفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف في قطع هذه المادة
اصل او لان الضرر بالخلطة اخف من ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف في قطع هذه المادة
مشروع لا يصلح حلة للحقوق ضرر غيره واما الترتيب فلقوله عليه السلام الشريك
احق من الخليط والخليط احق من الشفيع والشريك في نفس المبيع والخليط
في حقوق المبيع والشفيع هو الجار ولان الاتصال في الشركة بالمبيع اقوى لانه في
كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لانه شريك في مرافق الملك والترجيح يتحقق بقوة المستحق

السبب ولان ضرر القسمة لم يصلح علة صلح مرجحا قال وللشريك في الطريق
والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة لما ذكرنا انه مقدم قال وان سلم فالشفعة
للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بينا من الترتيب والمراد بهذا الجار الملاصق
وهو الذي على ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة اخرى وعن ابي يوسف
رحمه الله ان مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لغيره سلم او استوفى وهو قول محمد
وجه الظاهر ان السبب تقرر في حق الكل الا ان للشريك حق التقدم فاذا سلم
كان لمن يليه منزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منه
كما في منزل معين من الدار او جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وعلى
الجار في بقية الدار في اصح الروايتين عن ابي يوسف رحمه الله لان اتصاله اقوى والشفعة
واجبة ثم لا بد لتكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق
الخاص لنفر لا يكون نافذا والشرب الخاص لنفر يكون نهرا لا يجري فيه السفن وما يجري
فيه فهو عام وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله الخاص
ان يكون نهرا يسقى منه قراحان او ثلاثة وما زاد عليه فهو عام وان كانت سكة
غير نافذة يشفع منها سكة غير نافذة وهي مستطيلة فيبيع دارا في الشفلى فلا
الشفعة خاصة دون اهل العلو وان بيعت في العليا فلاهل السكتين والمعنى
ذكرنا في كتاب ادب القاضي ولو كان نهر صغير يأخذ من نهر اصغر منه فهو على قياس
الطريق فيما بيناه قال ولا يكون الرجل بالجذوع على الحائط شفيع شركة لكنه
شفيع جوار لان العلة هي الشركة في العقار وبوضع الجذوع لا يصير شريكا في الدار
الا انه جار ملاصق قال والشريك في الخشبة يكون على حائط الدار جارا لما بينا
قال واذا اجتمع شفعاء والشفعة بينهم على عدد رؤوسهم ولا تعتبر اختلاف
الملك وقال الشافعي رحمه الله هي على مقادير الملك نصيبا لان الشفعة من مرافق
الملك الا ترى انها تكميل منفعته واشبه الربح والغلة والولد والثمن ولنا
انهم استووا في سبب الاستحقاق وهو الاتصال فيستوون في الاستحقاق كالشريك

انه لو انفرد واحد منهم استحق كل الشفعة وهذا لانه كمال السبب وكثرة الاتصال
لو حدث بكثرة العلة والترجيح بقوة في الدليل لا بكثرته ولا قوة هنا لظهور الاجزاء
مقابلته وتملك ملك غيره لا يحصل ثمرة من ثمرات ملكه بخلاف الثمرة واشباهها ولو قوة العلة
اسقط بعضهم حقه فهي للباقين على الكل على عددهم لان الاسقاط المزاحمة مع كمال
السبب في كل منهم وقد انقطعت ولو كان البعض غائبا نقضي بها بين الحضور
على عددهم لان الغائب لعله لا يطلبه ولو قضى للحاضر بالجميع ثم حضر الآخر نقضي
له بالنصف ولو حضرا الثلث بثلث ما في يد كل واحد تحقيقا للتسوية فلو سلم الحاضر
بعد ما قضي له بالجميع لا ناخذ القائم الا النصف لان قضاء القاضي بالكل للحاضر قطع حق
الغائب عن النصف بخلاف ما قبل القضاء والشفعة تجب بعقد البيع ومعناه
لا انه هو السبب لان سببها الاتصال على ما بيناه والوجه فيه ان الشفعة انما تجب اذا
رغب البائع عن ملك الدار والبيع يعرفها وهذا يكتفي بثبوت البيع في حقه حتى ياخذها الشفيع
اذا اقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه قال وتستقر بالاشهاد ولا بد من طلب
المواثبة لانه حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بد من الاشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته
فيه عن رغبته عنه ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال
وتملك بالاخذ اذا سلمها المشتري او حكم بها حاكم لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل
الى الشفيع الا بالتراضي او قضاء القاضي كما في الرجوع بالهبة ويظهر فائدة هذا
فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين او باع داره المستحق بها الشفعة او بنعمة دارا
بجنب الدار المشفوعة فبذلك الحاكم او تسلم الخاصم لا تورث عنه في الصور الاولى
وتبطل شفعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك له قوله تجب بعقد البيع
بيان انه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه والله اعلم

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

اذا علم الشفيع بالبيع اشهد في مجلسه ذلك
على المطالبة اعلم ان الطلب على ثلاثة اوجه طلب المواثبة وهو ان يطلبها كما علم حتى
لو علم البيع ولم يطلب بطلت شفعته لما ذكرنا ولقوله عليه السلام الشفعة لمن واثبها

ولو اخبر بكتاب او السفيه او قال او في وسط فقرا الكتاب الى آخره بطلت شفعته
وعلى هذا عامة المشايخ رحمهم الله وهو رواية عن محمد رحمه الله وعنه انه على مجلس
العلم والروايتان في الواحد وبالغاية اخذ الكرخي رحمه الله لانه لما جعل له خيار
التملك لا بد له من زمان التامل كما في المخيرة ولو قال بعدما بلغه البيع الحمد لله او لا
حول ولا قوة الا بالله او قال سبحان الله لا يبطل شفعته لان الاول حمد على الخلاص من
حوادثه والثاني تنزيه لقصد اضراره وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه توقف
فيها ثمن دون الخبر وبرغبته عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب
اشهد في مجلسه ذكر على المطالبة طلب المواثبة والاشهاد فيه ليس بلازم انما هو
لنفي التجاحد والتقييد بالمجلس اشارة الى ما اختاره الكرخي رحمه الله وبمطلق الطلب
بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة او اطلبها او انا طالبها لان
الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع بيع الدار لم يجب عليه الاشهاد حتى يخبره رجلان
او رجل وامرأتان او واحد عدل عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه ان يشهد
اذا اخبره واحد حر كان او عبدا او صبيا او امرأة اذا كان الخبر حقا وهو احد
الاختلافين في عزل الوكيل وقد ذكرناه مرارا بدلائله واحواله فيما تقدم وهذا الخلاف
في المخبر اذا اخبر عنه لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا اخبره المشتري
لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والاشهاد
لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الا بالاشهاد ظاهرا على طلب
المواثبة لانه على فور العلم بالشراء فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير
بيانه ما قال في الكتاب ثم يمضي منه يعني من المجلس ويشهد على البائع ان كان المبيع
في يده معناه لم يسلم الى المشتري او على المبتاع او عند العقار واذا فعل ذلك
استقرت شفعته وهذا لان كل واحد منهما خصم فيه لان للاول اليد وللثاني الملك
وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح
الاشهاد عليه لخروجه من ان يكون خصما اذ لا يد له ولا ملك فصار كالاجنبي وجنون هذا

الطلب لم يقول لم فلانا اشترى هذه الدار وانا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة
واطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن ابي يوسف رحمه الله انه تشترط تسمية المبيع
وتحديده لان المطالبة لا تصح الا في المعلوم والثالث طلب الخصومة والتملك ويشترط
كيفيته من بعد ان يسأله تعالى ولا تسقط الشفعة بتاخير هذا الطلب عند ابي حنيفة
رحمه الله وهو رواية عن ابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان تركها شهرا بعد الاشهاد
بطلت وهو قول زفر رحمه الله معناه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي
يبطل شفعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخاصم فيه اختيارا دل ذلك على
اعراضه وتسليمه وجه قول محمد رحمه الله انه لو لم يسقط بترك الخصومة ابدا تضرر
به المشتري لانه لا يمكنه التصرف في الدار لتضمنه من جهة الشفيع فقدرناه بشهر لانه
آجل وما دونه عاجل على ما ترى الا ان الوجه قول ابي حنيفة رحمه الله وهو ظاهر المذهب
وعليه الفتوى لان الحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه
كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكل اذا كان الشفيع غائبا ولا فرق في حق المشتري
بين الحضور والسفر ولو علم انه لم يكن في البلدة قاض لا يبطل شفعته بالتاخير بالاتفاق
لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا قال وان تقدم الشفيع
الى القاضي فادعى الشراء وطلب الشفعة سأل القاضي المدعى عليه فان اعترف بملكه
الذي يشفع به ولا يكلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر يحتمل ولا يكفي لاثبات الاستحقاق
وان ادعى ابتداء سأل القاضي المدعي قبل ان يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار
وحدودها لانه ادعى حقا فيها وصار كما اذا ادعى رقبتها واذا بين ذلك سأله
عن سبب شفعته لاختلاف اسبابها فان قال لانا شفيعها دار لي بلاصقها الآن لم يجد جوابه
على ما قاله الخصاف رحمه الله وذكر في الفتاوى تحديد هذه الدار التي يشفع بها ايضا
وقد بيناه في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد وان عجز عن البينة استحلف
المشتري ما يعلم انه حالف الذي ذكره مما يشفع به بمجيئه بطلت الشفعة لانه ادعى
عليه معنى لو اقر به يلزمه ثم هو استحلاف على ما في يده فيكون على العلم وان
فيحلف

لكن اذا قامت البينة يثبت ملكه في الدار التي بها يشفع ويثبت الجوار فيعيد ذلك
سأله القاضي يعني المدعي عليه هل ابتاع ام لا فان انكر الابتياع قيل للشفيع
اقم البينة لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة فان عجز عنها
استحلف المشتري بالله ما ابتاع او بالله ما استحق في هذه الدار شفعة من الوجه
الذي ذكره فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام في
الدعوى وذكرنا الاختلاف فيه وهو ان الله تعالى وانما يحلف على البتات
لانه استحلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصالة وفي مثله يحلف على
البتات قال وتحضر المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن
في مجلس القاضي واذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا
ظاهر رواية الاصل وعن محمد رحمه الله انه لا يقضي حتى يحضر الشفيع الثمن
وهو رواية الحسن رحمه الله عن ابي حنيفة رحمه الله لان الشفيع عساه يكون
مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره كيلا يتوى مال المشتري وجه الظاهر
انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا تشترط تسليمه وكذا لا تشترط
احضاره واذا قضى للشفيع بالدار للمشتري ان يحبسه حتى يستوفي
الثمن وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله ايضا لانه فصل مجتهد فيه وجب
عليه الثمن فيحبس فيه فلو اخر اداء الثمن بعدما قال له ادفع الثمن
لا يبطل شفعته لانها تاكدت بالخصومة عند القاضي قال وان
احضر الشفيع البائع والمبيع في يده فقال الخاصم في الشفعة ان البينة
له وهي بمستحقة ولا يسمع القاضي البينة حتى يحضر المشتري فيسمع البينة
بمشهد منه ويقضي بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري
واليد للبائع والقاضي يقضي بهما للشفيع فلا بد من حضورهما لخلاف ما
اذا كانت الدار في قبضته حيث لا يعتبر حضور البائع لانه صار اجنبيا
اذا لم يبق له يد ولا ملك وقوله فيسمع البينة بمشهد منه اشارة الى علة اخرى

وهو ان البيع في حق المشتري اذا كان بفسخ لا بد من حضوره ليقضي بالفسخ
عليه ثم وجه هذا الفسخ المذكور ان يفسخ في حق الاضافة لامتناع قبض
المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الا انه سعى لابطال البيع
انفساخه لان الشفعة بناء عليه ولكنه تحول الصفقة اليه ويصير
كانه المشتري منه فلهذا يرجع بالعهدة على البائع بخلاف ما اذا قبضه
واخذه منه حيث تكون العهدة عليه لانه تم ملكه بالقبض وهو الوجه الاول
امتنع قبض المشتري فانه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنتهى
توفيق الله تعالى قال ومن اشترى دارا بغيبة فهو الخصم للشفيع لانه
هو العاقد والاخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه قال
الا ان يسلمها الى الموكل لانه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل
وهذا لان الوكيل كالبائع من الموكل على ما عرف فتسليمه اليه كتسليم
البائع الى المشتري فيصير الخصومة معه الا انه مع ذلك قائم
فيكتفى بحضوره في الخصومة بعد التسليم وكذا اذا كان البائع وكيلا
لغائب للشفيع ان ياخذها منه اذا كان في يده لانه عاقد وكذا اذا
كان البائع وصيا بلبيت فيما يجوز تبعه لما ذكرنا قال واذا قضى
للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجد بها عيبا فله ان
يردها وان كان المشتري شرط البراءة منه لان الاخذ بالشفعة بمنزلة
الشراء الا ترى انه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخيار ان كما في الشراء
ولا يسقط بشرط البراءة من الشفيع ولا برؤيته لانه نائب عنه فلا
يملك اسقاط حقه **فصل في الاختلاف** قال فان اختلف
الشفيع والمشتري في الثمن والقول قول المشتري لان الشفيع يدعي
استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو منكر والقول قول المنكر مع يمينه
ولا تحالف لان الشفيع ان كان يدعي عليه استحقاق الدار فالمشتري لا

قال المص ولا نقض هنا فلا تحالف لا اقول اذا النقض في البائع والمشتري مع وجود الانكار في الطرفين هناك
توجب التحالف لذلك ولا يوجد الانكار هنا في حق الشفيع لان المشتري يدعي عليه شيئا

يدعي عليه شيئا لتحتمل بين الترك والاخذ ولا نص هنا ولا تحالف
ولو اقاما البينة فالبينة للشفيع عند ابي حنيفة وزفر رحمهما الله واذا ادعى كل واحد على الآخر حقا
قال ابو يوسف رحمه الله البينة للمشتري لانها اكثر اثباتا فصار كبينة
البائع والوكيل والمشتري لانه لا يتولى بنفسه عقد الا بانفساخ
الاول وهو هنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التحرير لبينة الوكيل
لانه كالبائع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روي عن
محمد رحمه الله واما المشتري من العقد فلما ذكرنا اشار الكبير ان البينة
الى المالك القديم قلنا ان منع وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هنا لان
الفسخ الاول ظاهرا بخلافه ولان بينة الشفيع ملزمة وبينة المشتري
لا والبينات للالزام قال واذا ادعى المشتري عشرا والبائع اقل منه
ولم يقبض الثمن اخذها الشفيع بما قال البائع وكان ذلك حطا
المشتري وهذا لان الامر ان كان على ما قال البائع فقد وجب الشفعة
به وان كان على ما قال المشتري فقد حط البائع بعض الثمن وهذا الحط
يظهر في حق الشفيع على ما نبين ان شاء الله تعالى ولان الملك على البائع
باقيا به فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقي المطالبة فياخذ
الشفيع بقوله ولو ادعى البائع الاكثر تحالفا وترادا وايهما
نكل ظهر ان الثمن ما يقوله الآخر فياخذها الشفيع بقول البائع
لان فسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع قال وان كان قبض الثمن
احدهما قال المشتري لم يشاء ولم يلتفت الى قول البائع لانه لما استوفى
الثمن انتهى حكم العقد وخرج من البين وصار كالاجنبي بقي الاختلاف
بين المشتري والشفيع وقد بيناه ولو كان نقد الثمن غير ظاهر فقال البائع
بعت الدار بالف وقبضت الثمن ياخذها الشفيع بالف لانه لما بدا بالاقرار
بالبيع تعلق الشفعة به فبقوله قبضت الثمن يريد اسقاط حق

الشفيع فيرد عليه ولو قال قبضت الثمن وهو الف لم يلتفت الى قوله
لان الاول وهو الاقرار بقبض الثمن خرج من البين فسقط اعتبار قوله
في مقدار الثمن والله اعلم **فصل فيما يوخذ به المشفوع**
قال واذا حط البايع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك عن
الشفيع وان حط جميع الثمن لا يسقط عن الشفيع لان حط البعض
يلتحق باصل العقد ويظهر في حق الشفيع لان الثمن ما بقي وكذا
اذا حط بعدما اخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع
عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق باصل العقد وقد بينا
في البيوع بتوفيق الله تعالى وان زاد المشتري البايع لم يلزم
الزيادة الشفيع لان في اعتبار الزيادة ضررا بالشفيع لاستحقاقه
الاخذ بما دونها لان فيه نظرا ونظير الزيادة اذا جرد العقد باكثر
من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كان له ان ياخذها بالثمن الاول
بينا كذا هذا قال ومن اشترى دارا بعرض اخذها الشفيع
بقيمته دوان القيم وان اشتراها بمكيل او موزون اخذها بمثله
من جنسه دوان المثال وهذا لان الشرع اثبت للشفيع ولاية التملك على
المشتري بمثل ما ملكه فيراعى بالقدر الممكن كما في الاتلاف والعدوى
المتعارف من ذوات المثال وان باع عقارا بعقار اخذ الشفيع كل واحد
منهما بقيمته الاخر لانه بدله وهو من ذوات القيم فياخذ بقيمته قال
واذا باع بثمن مؤجل فللشفيع الخيار ان شاء اخذها بثمن حال وان شاء
صبر حتى ينقضي الاجل ثم ياخذها وليس له ان ياخذها في الحال بقدر الموجل
وقال زفر رحمه الله له ذلك وهو قول الشافعي رحمه الله في القديم لان كونه مؤجلا
وصف في الثمن كالزيادة فله والاخر بالشفعة باق فياخذه باصله ووجهه
في الربوي ولنا ان الاجل الفائت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبايع

او المبتاع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت
الناس في الملاءة وليس للاخر وصف الثمن لانه حق المشتري لو كان وصفا
له لتبعه فيكون حقا للبايع كالثمن فصار كما اذا اشترى بثمن مؤجل ثم
ولاه غيره لا يثبت الاجل الا بالذكر كذا هذا ثم ان اخذها بثمن حال من البايع
اتباع بيع التولية
الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان اخذها من المشتري رجع البايع على
المشتري بثمن مؤجل كما كان لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل باخذ
الشفيع فهي مؤجلة فصار كما اذا باعه بثمن حال وقد اشتراه بثمن مؤجل
واختيار الاسقاط له ذلك الا ان له ان لا يلتزم زيادة الضرر من حيث التاخير
وقوله في الكتاب وليس له ان يصبر حتى ينقضي الاجل مراده ان يصبر عن الاخذ
الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفعته عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف ومحمد خلافا
لقول ابي يوسف الاخر رحمهم الله لان حق الشفيع انما ثبت بالبيع والاخذ
الطلب وهو متمكن من الاخذ في الحال بان يؤدي الثمن حالا فيسقط الطلب
عند العلم بالبيع قال وان اشترى ذمي خمرا او خنزيرا وشفيعه ذمي
اخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع مقضي بصحته فيما بينهم وحق الشفعة
يعم المسلم والذمي والخمر لهم كالخل لنا والخنزير كالشاة فياخذه بالاول بالمثل وفي الثاني
بالقيمة قال وان كان شفيعها مسلما اخذها بقيمة الخمر والخنزير اما الخنزير
فظاهر وكذا الخمر لامتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالتحق بغير المثلي وان
كان شفيعها مسلما وخليطه احد المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر وذمي نصفها
بمثل نصف الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو اسلم الذمي اخذها بنصف قيمة الخمر
لعجزه عن تمليك الخمر والاسلام تاكد حقه لا ان يبطل فصار كما اذا اشتراها بكر
من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه ياخذها بقيمة الرطب كذا هذا **فصل**
وان كان اشترى الذمي خمرا او خنزيرا ثم قضي للشفيع بالشفعة وهو بالخيار ان شاء اخذها
بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعه وهذا في قول ابي يوسف رحمه الله

انه لا يكلف القلع ويخير بين ان يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين ان يترك

وبه قال الشافعي رحمه الله الا ان عنده له ان يقلع ويعطي قيمة البناء لابي يوسف

رحمه الله انه يحق في البناء لانه بناه على ان الدار ملكه والتكليف بالقلع من احكام

الغدر كان وجاء كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكالذي ازرع المشتري فانه

لا يكلف القلع وهذا لان في الجانب الاخذ بالقيمة دفع اعلى الضررين بتحمل الادنى

فيصار اليه ووجه ظاهر الرواية انه بنى في محل يستحق به حتى لو استحق المغصوب من يده

تسلط من جهته من له الحق وتنقض كالراهن اذا بنى في المرهون وهذا لان حقه

اقوى من حق المشتري لانه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته

بخلاف الهبة وعلاقة الشراء الفاسد عند ابي حنيفة لانه جعل تسلط من جهته

من له الحق ولان حق الاسترداد فيهما ضعيف ولهذا لا يسعى بعد البناء وهذا

الحق يبقى ولا يعتبر لاحتمال القيمة كما لا يستحق في الزرع يقلع قياسا وانما لا يقلع

استحسانا لان له نهاية معلومة ويبقى بالاجر وليس فيه كبير الضرر ولان حق

تعتبر قيمته مقلوعا كما بيناه في الغصب ولو اخذها الشفيع بنى فيها او غرس

ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه اخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس

لا على البائع ان اخذ منه ولا على المشتري ان اخذها منه وهذا على ابي يوسف رحمه الله انه

يرجع لانه مملك عليه فنزل منزلة البائع والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان

المشتري مغرور من جهة البائع وتسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسلط في حق

الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه واذا انهدمت الدار او احترقت او غرقت

جف شجر البستان يخير فيه الشفيع بالخيار ان شاء اخذها بجميع الثمن الى البناء

والغرس بالحق حتى دخلا في البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شيء من الثمن ما لم يصيره

مقصودا ولهذا يبيعهما بجزء مجهول من الثمن في هذه الصورة بخلاف ما اذا غرس

نصف الارض حيث يأخذ الباقي بحصته لان الغاية بعض الاصل قال وان شاء

ترك لان له ان يمتنع عن تملك الدار كله قال وان نقص المشتري البناء قيل للشفيع

ان شئت فخذ الغرس بحصته وان شئت فدع لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله

شيء من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك بآفة سماوية وليس للشفيع ان يأخذ النقص

لانه صار مقصودا لم يبق تبعا قال ومن ابتاع ارضا وعلى نخلها ثمر اخذها

الشفيع بثمرها ومعناه اذا ذكر الثمر في البيع لانه لا يدخل من غير ذكر وهذا الذي

ذكره استحسان وفي القياس لا يأخذ لانه ليس بمبيع الا ترى انه لا يدخل في البيع من

غير ذكر فاشبه المتاع في الدار وجه الاستحسان انه باعتبار الاتصال صار تبعا

للعقار كالبناء في الدار وما كان مركبا فيه فاخذه الشفيع قال وكذلك

ان ابتاعها وليس في النخل ثمر فاثمر في يد المشتري يعني يأخذ الشفيع لانه مبيع تبعا

لان البيع سرى اليه على ما عرف في ولد المبيع قال وان جزه المشتري لم يأخذ الشفيع

لا يأخذ الثمر في الفصلين جميعا لانه لم يبق تبعا للعقار وقت الاخذ حيث صار

مفصولا عنه فلا يأخذه وان في الكتاب فان جزه المشتري سقط عن الشفيع حصته

من الثمن قال رضي الله عنه وهذا جواب الفصل الاول لانه دخل في البيع مقصودا

فيقابله شيء من الثمن اما في الفصل الثاني يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن لان

الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يكون مبيعا الا تبعا فلا يقابله شيء من الثمن

باب ما يجوز فيه الشفعة

وما لا يحتمل القسمة فالشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم وقال الشافعي

رحمه الله لا شفعة فيما لا يقسم لان الشفعة انما تجب دفعا لمؤنة القسمة وهذا

لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه السلام الشفعة في كل عقار او ربع الى غير ذلك

من العمومات ولان الشفعة سببها اتصال الملك والحكمة دفع ضرر سوء الجوار

على ما مر وانه يستلزم القسمة ما يقسم وما لا يقسم وهو الحمام والرحى والبئر

والطريق قال ولا شفعة في الجزء من الشقص لقوله عليه السلام لا شفعة الا

في ربع او حائط وهو محمول على ما لا يمكن رحمه الله في اجابة الشفعة الا

انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في المنقول لا يدوم حسب

دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل
اذا بيعت دون العرصة وهو صحيح مذكور في الاصل لانه لا قرار له فكان ملحقا
بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفل اذا لم يكن طريق
العلو فيه لانه مالك من القرار الى عنان السماء قال والمسلم والذمي في الشفعة
سواء للعمومات ولانهما يستويان في السبب وهو الجوار فيستويان في الاستحقاق
ولهذا يستوي فيه الذكر والانثى والصغير والكبير والباغي والعادل والحر والعبد
اذا كان مأذونا او مكاتبا قال واذا ملك العقار بعوض هو مال وجبت فيه الشفعة
لانه امكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بمثل ما تملكه المشتري صورة او
قيمة على ما مر قال ولا شفعة في الدار يتزوج الرجل عليها او يخالع المرأة بها او
يستأجر بها دارا او غيرها او يصالح بها عن دم عمد او يعتق عليها عبدا لان الشفعة
عندنا انما تجب في مبادلة المال بالمال على ما بينا وهذه الاعواض ليست باموال فلا تجب
الشفعة فيها خلافا للشافعي رحمه الله في الموضوع وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها
الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فامكن الاخذ بقيمتها ان تعذر مثلها
كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها ايضا وقوله ثاني فيما اذا جعل
مهرا من دار مهرا او ما نصا هبة لانه لا شفعة عنده لانه وهب نقول تقوم منافع
البضع في النكاح وغيرها بعقد الاجارة حتى الشفعة والعتق
غير متقوم لان القيمة ما تقوم مقام غيره في المعنى الحاجة الى مطلوب ولا يتحقق فيهما
وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهرا لانه بمنزلة المفروض في العقد
في كونه مقابلا بالبضع بخلاف ما اذا فرضها مهر المثل او بالمسمى لانه مبادلة مال بمال
ولو تزوجها على دار على ان تهبها له انا فلا شفعة في جميعها عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
كما جعلا الف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا
ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الهبة فكذا في البيع
الشفعة شرعت لمبادلة المال المقصودة حتى لو تضارب اثنان دارا وفيها

وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال
او يصالح عليها بانكار فان صالح عليها باقرار وجبت الشفعة قال رضي الله
عنه هكذا ذكره اكثر نسخ المختصر والصحيح او يصالح عنها بانكار
كان قوله عليها لانه اذا صالح عنها بانكار ثبت الدار في يده فهو يزعم انها
لم تزل عن ملكه وكذا اذا صالح عنها بسكوت لانه يحتمل انه بذل المال افتداء
يمينه وقطعا لشغب خصمه كما اذا انكر صريحا بخلاف ما اذا صالح
باقرار لانه معترف بالملك للمدعي وانما استفاده بالصلح فكان مبادلة مالية
اما اذا صالح عليها باقرار او سكوت او انكار وجبت الشفعة في جميع ذلك
لانه اخذها عوضا عن حقه في زعمه اذا لم يكن من جنسه فيعامل
بزعمه قال ولا شفعة في هبة لما ذكرنا الا ان يكون بعوض
لانه بيع انتهاء ولا بد من القبض وان لا يكون الموهوب في عوضه
سابقا لانه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما اذا لم
يكن العوض مشروطا في العقد لان كل واحد منهما هبة مطلقة
الا انه اثبت منها فامتنع الرجوع قال ومن باع بشرط الخيار
فلا شفعة للشفيع لانه يمنع زوال الملك عن البائع في الصحيح لان
البيع يصير سببا لزوال الملك عند ذلك ومن اشترى بشرط الخيار
وجبت الشفعة لانه لا يمنع زوال الملك عن البائع لاتفاق
بنى عليه على ما نبين اذا اجازها في الثلث وجب البيع لعجز المشتري
عن الرد ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري
دون الشفيع وان بيعت دار بجنبها وللخيار لاجلها فله الاخذ
بالشفعة اما البائع فظاهر لبقاء ملكه في التي يشفع بها وكذا اذا كان
للمشتري وفيه اشكال اوضحناه في البيوع ولا نعيده واذا اخذها
بالشفعة كان اجازة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل

خاص باخذ ما بيع بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل مصرح لابطال
فكيف لا لانه لم اذا حضر شفيع الدار الاولى له ان ياخذها دون الثانية
لان بعد ام ملكه في الاولى حين بيعت الثانية قال ومن ابتاع دارا شراء
فاسدا فلا شفعة فيها اما قبل القبض لعدم زوال ملك البايع وبعده
لاحتمال الفسخ وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق
الشفعة تقرير الفساد بخلاف ما اذا كان الخيار للمشتري في البيع الصحيح
لانه صار اخص به نصا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه قال فان سلم
حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في
يد البايع بعد ذلك فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو
لان الملك له ثم ان سلم البايع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعته كما اذا
باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة
ليس بشرط فيبقى الماخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البايع
المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل
الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا قال
واذا اقتسم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها
معنى الافراز ولهذا تجري فيه الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة
قال واذا اشترى دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم ردها المشتري
بخيار رؤية او شرط او بعيب بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ
من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في
هذا بين القبض وعدمه وان ردها بعيب بغير قضاء او بتقايل البيع فللشفيع
الشفعة لانه فسخ في حقهما لولايتهما على انفسهما وقد قصدا الفسخ وهو
بيع جديد في حق الثالث وما جاء الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ
من الاصل وان كان بغير قضاء على ما عرف في الجامع الصغير ولا شفعة في

قسمة ولا خيار رد به وهو بكسر الراء ومعناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية
لما بينا ولا يصح الرواية بالفتح عطفا على الشفعة لان الرواية محفوظة
في كتاب القسمة انه يثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهما
يثبتان الخلل في الرضا فيما يتعلق لزومه بالرضا وهذا المعنى موجود
في القسمة والله اعلم

باب ما تبطل به الشفعة

قال واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم وهو يقدر
على ذلك بطلت شفعته لاعراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما
يتحقق حاله الاختيار وهي عند القدرة وكذلك ان اشهد في المجلس ولم
يشهد على احد المتبايعين لا عند العقد وقد اوضحناه فيما تقدم
قال وان صالح من شفعته على عوض بطلت الشفعة ورد
العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل وهو مجرد حق التملك
فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فالغا
اولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط وكذا لو باع شفعته بمال
بخلاف القصاص لانه حق متقرر وكخلاف الطلاق والعتاق لانه
عن ملك في المحل ونظيره اذا قال للمخيرة اختاريني بالف وقال العنين
لامرأته اختاري ترك الفسخ بالف فاختارت سقط الخيار ولا يلتبس العوض
والكفالة بالنفس هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي اخرى تبطل
الكفالة ولا يجب المال وقد مر هذه رواية في الشفعة وقد مر في الكفالة
خاصة وقد عرف في موضعه قال واذا مات الشفيع بطلت شفعته
الشافعي رحمه الله يورث عنه قال رضي الله عنه اذا مات بعد البيع قبل
الشفعة اما اذا مات بعد قضاء القاضي قبل نقد الثمن وقبضه فالبيع
لازم لورثته وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط وقد مر في البيوع و
لان بالموت يزول ملكه عن داره وتثبت الملك للوارث بعد البيع وقيامه

البيع وبقاؤه للشفيع الى وقت القضاء شرط ولا يستوجب الشفعة
دونه وان مات المشتري لم تبطل لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه
ولا باع في دين المشتري ووصيته ولو باع القاضي او الوصي
فيها بوصيته فللشفيع ان تبطله وياخذ الدار لتقدم حقه ولهذا
ينقض تصرفه في حيوته قال واذا باع الشفيع ما يشفع به قبل
ان يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لزوال سبب الاستحقاق قبل التملك
وهو الاتصال بملكه ولهذا يزول به وان لم يعلم بشراء المشفوعة كما
اذا سلم صريحا او ابراء عن الثمن وهو لا يعلم بشرائه بخلاف ما اذا باع وهذا
الشفيع دائر بشرط الخيار له لانه يمنع الزوال وبقي الاتصال قال
وكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري
اذا باع فله الشفعة والاصل ان من باع او بيع له فلا شفعة
له ومن اشترى او اشتري له فله الشفعة لان الاول ياخذ المشفوع بحق
يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض
شراؤه بالاخذ بالشفعة لانه مثل الشراء وكذلك لو ضمن الدرك من
البائع وهو الشفيع فلا شفعة له وكذلك اذا باع وشرط الخيار
لغيره فامضى المشروط له الخيار البيع وهو الشفيع فلا شفعة
له لان البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب
قال واذا بلغ الشفيع انها بيعت بالف درهم مسلم ثم علم انها
بيعت باقل او بحنطة او شعير قيمتها الف او اكثر تسليمه باطل
وله الشفعة لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الاول او لتعذر
الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذ الجنس مختلف وكذلك كل
مكيل او موزون او عددي متقارب بخلاف ما اذا علم انها بيعت بعرض
قيمته الف او اكثر لان الواجب فيه القيمة وهو دراهم او دنانير ولو

بان انها بيعت بدنانير قيمتها الف فلا شفعة وكذا اذا كانت اكثر
وقال زفر رحمه الله له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا ان الجنس
متحد في حق الثمنية قال واذا قيل للمشتري فلان تسلم
الشفعة لم علم انه غيره فله الشفعة لتفاوت الجواب ولو علم
ان المشتري هو غيره فله ان ياخذ نصيبه غيره لان التسليم لم يوجد
في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله
الشفعة لان التسليم للشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة
في ظاهر الرواية لان المسلم في الكل يسلم في ابعاضه

فصل

واذا باع دارا الا مقدار ذراع في طول
الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لانقطاع الجوار وهذه حيلة
وكذا اذا وهب منه هذا المقدار وسلمه اليه لما بينا قال
وان ابتاع سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم
الاول دون الثاني لان الشفيع جار فيهما الا ان المشتري في الباقي
شريك فيقدم عليه فان اراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الاول
مثلا والباقي بالباقي ولو ابتاعهما بثمن ثم دفع اليه ثوبا عنه فالشفعة
بالثمن دون الثوب لانه عقد آخر والثمن هو العوض عن الدار قال
رضي الله عنه وهذه حيلة اخرى يعم الجوار والشركة فيباع اضعاف
قيمته ويعطى بها ثوبا يقدر قيمته الا انه لو استحق المشفوعة
سقط كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيتضرر به ولا
ان باع بدراهم الثمن ثم زاد حتى اذا استحق المشفوعة بطل
الصرف فيجد الدينار لا غير قال ولا يكره الحيلة في اسقاط الشفعة
عند ابي يوسف رحمه الله ويكره عند محمد رحمه الله لان الشفعة انما وجبت
لدفع الضرر ولو ابحنا الحيلة ما دفعناه ولابي يوسف رحمه الله

انه سمع من اثبات الحق فلا يعد ضررا وعلى هذا الخلاف الحيلة في اسقاط الزكوة

مسائل متفرقة قال الاذا اشترى خمسة نفر دارا من رجل فللشفيع

تصيب احدهم وان اشتراها من خمسة رجل احدها كلها او تركها والفرق لتفرق الوجه

الثاني ياخذ البعض بتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر والوجه

الاول يقوم الشفيع مقام احدهم ولا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذا بينما

قبل القبض وبعده هو الصحيح الا ان قبل القبض لا يمكنه اخذ نصيب احدهم اذا

نقد ما عليه مالم ينقد الاخر حصته كيلا يؤدي الى تفريق اليد على البائع بمنوله احد

المشتري بخلاف ما بعد القبض لانه سقط يد البائع وسواء سمى لكل بعض ثمنا

او كان الثمن جملة لان العبرة في هذا لتفرق الصفقة لا للثمن وههنا تفرقت كما ذكرنا

كذا في المنتهى قال ومن اشترى نصف دار غير مقسومة فقاسمه البائع

الشفيع النصف الذي صار للمشتري ويدخل في القسمة من تمام القبض لما فيه

من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض

وان كان له منه نفع لعود العهدة على البائع وكذا لا ينقضها هو من قام الخلاف

ما اذا باع احد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبع

حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم يكن القسمة

تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع

كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على ان للشفيع ياخذ

النصف الذي صار للمشتري في اي جانب كان وهو المروي عن ابي يوسف رحمه الله

لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه انما ياخذ اذا

وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر

ومن باع دارا وله عبد ماذون عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد

هو البائع فللمولى الشفعة لان الاخذ بالشفعة ملك بالثمن فنزل منزلة الشراء

وهذا لانه تفيد لانه تصرف للغرماء بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه المولى

ولا شفعة لمن بيع له وتسليم الاب والوصي الشفعة على الصغير جائز عند ابي حنيفة

وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله هو على شفعته اذا بلغ قالوا

وعلى هذا الخلاف اذا بلغهما شراء دار بجوار دار الصبي فلم يطلبا الشفعة

وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو

الصحيح لمحمد وزفر رحمهما الله انه هو ثابت للصغير فلا يملكان ابطاله كدينه

وفرده ولانه شرع لدفع الضرر فكان ابطاله اضرارا به ولهما انه في معنى

التجارة فيملكان تركه الا ترى انه اذا وجب معا للصبي صح رده من الاب والوصي

ولانه دائر بين النفع والضرر وقد يكون النظر في تركه ليبقى الثمن على ملكه والولاية

نظرية فيملكانه وسكوتهما كابطالهما لكونه دليل الاعراض وهذا اذا بيعت بمثل

قيمتها او بغبن يتاكد من قيمتها مما لا يتغابن الناس فيه فهل جاز التسليم بالاجماع

لانه تحصيل نظر او فعل لا يصح بالاتفاق لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم الا حيث

ولو بيعت بما يتغابن الناس فيه او بمثل قيمتها بما يتغابن الناس فيه كثير وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يصح التسليم

منهما ولا رواية عن ابي يوسف رحمه الله والله اعلم

كتاب القسمة

القسمة في الاعيان المشتركة مشروعة لان النبي عليه السلام

باشرها في المغانم والمواريث وجرى التوارث بها من غير نكير ثم هي لا تعرى

عن معنى المبادلة لان ما يجتمع لاحدهما بعضه كان له وبعضه كان لصاحبه فهو

ياخذ عوضا عما بقي من حقه في نصيب صاحبه فكان مبادلة وافراز اولا افراز

هو الظاهر في المكيلات والموزونات لعدم التفاوت حتى كان احدهما ياخذ

نصيبه حال غيبة صاحبه ولو اشتراه فاقتسماه يبيع احدهما نصيبه مرابحة

بعد القسمة ولو كانت بمعنى المبادلة لشرط بيانه

بقسط الثمن ومعنى المبادلة هو الظاهر في الحيوانات والعروض للتفاوت

حتى لا يكون لاحدهما اخذ نصيبه عند غيبة الآخر ولو اشتراه واقتسماه

لا يبيع احدهما نصيبه مرابحة بعد القسمة الا انها اذا كانت من جنس واحد

اجبر القاضي على القسمة طلب احد الشركاء لان فيه معنى الافراز لتقارب المقاصد

والمبادلة مما يجري فيه الجبر كما في قضاء الدين وهذا لأن أحدهم بطلب القسمة
يسأل القاضي لينصفه بالانتفاع بنصيبه ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على
القاضي إجابته وإن كانت أجناسا مختلفة لا يجبر القاضي على قسمتها لتعذر المعادلة
باعتبار تخير التفاوت في المقابلة ولو تراضوا عليها جاز لأن الحق لهم قال
وينبغي للقاضي أن ينصب قاسما يرزقه من بيت المال ليقسم بين الناس بغير أجر لأن
القسمة من جنس عمل القضاء من حيث أنه يتم به قطع المنازعة فاشبه رزق
القاضي ولأن منفعة تعم العامة فيكون كفايته في مال عزم بالغنم قال
فإن لم يفعل نصب قاسما يقسم بالأجر معناه بأجر على المتقاسمين لأن النفع لهم
على الخصوص ويقدر أجر مثله كيلا يتحكم بالزيادة والأفضل أن يرزقه من بيت
المال لأنه أرفق بالناس وأبعد عن التهمة ويجب أن يكون عدلا مؤتمنا عالما
بالقسمة لأنه من جنس عمل القضاء ولأنه لا بد من القدرة وهي بالعلم ومن الأمانة
على قوله وهو بالأمانة ولا يجبر القاضي الناس على قاسم واحد معناه لم يجبرهم
على أن يستأجروه لأنه لا جبر على العقود ولأنه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله
ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز إذا كان فيهم صغير محتاج إلى القاسم
لأنه لا ولاية لهم عليه قال ولا يترك القسام يشتركون كيلا يصير الأجر غالبة
بتواكلهم وعند عدم تهاجر كل منهم إليه خيفة الفوت فيرخص الأجر قال
وأجرة القسمة على عدد الرؤوس عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الأنصباء
لأنه مؤنة الملك فتتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وجه البيان المشتركة ونفقة
المملوك المشترك وله أن الأجر مقابل بالتمييز وإنه لا تفاوت فيه وربما يصعب الحساب
بالنظر إلى القليل وقد ينعكس الأمر بتعدد أعنانه فيعلق الحكم بأصل التمييز بخلاف
حفر البئر لأن الأجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت إذا كان القسمة هو على الخلاف
وإن لم يكن القسمة فالأجر مقابل بعمل الكيل والوزن والكيل والوزن وهو متفاوت
وهو الأصل لو اطلق ولا يفصل وعنه أنه على الطالب دون الممتنع لمنفعته ومضرة

الممتنع قال وإذا حضر الشركاء عند القاضي وفي أيديهم دار أو ضيعة
وادعوا أنهم ورثوها عن والدهم يقسمها القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله حتى
يقيموا البينة على موته وعلى أنهم ورثته وقال صاحباه يقسمها باعترافهم ويذكر
في كتاب القسمة أنه قسمها بقولهم وإن كان المال المشترك ما سوى العقار وادعوا
أنه ميراث قسمه في قولهم جميعا ولو ادعوا في العقار أنهم اشتروه قسمه
بينهم لهما أن اليد دليل الملك والإقرار أمارة الصدق والامتناع لهم فيقسمه
بينهم كما في المنقول الموروث والعقار المشترى وهذا لأنه لا منكر ولا
بينة إلا على المنكر فلا يفيد إلا أنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمها بإقرارهم
ليقتصر عليهم ولا يتعداهم وله أن القسمة قضاء على الميت إذ التركة
مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة بعد وفاته فهي
دونه منها كالأرش بعد القسمة وإذا كان قضاء على الميت وإقرار ليس
بحجة عليه فلا بد من البينة وهو مفيد لأن حضور الورثة ليتضح خصما
عن المورث ولا يمتنع ذلك بإقرارهم كما في الوارث إذا لو جحد المقر بالدين فإنه
يقبل البينة عليه مع إقراره بخلاف المنقول لأن في القسمة نظرا للحاجة
إلى الحفظ إما العقار فيحفظ بنفسه ولأن المنقول مضمون على من
وقع في يده ولا كذلك العقار عندهما بخلاف المشترى لأن المبيع لا يبقى
على ملك البائع وإن لم يقسم فلم يكن القسمة قضاء على الغير وإن ادعوا
الملك ولم يذكروا كيف انتقل إليهم قسمه بينهم لأنه ليس في القسمة قضاء
على الغير فإنهم ما أقروا بالملك لغيرهم قال رضي الله عنه هذه رواية كتاب القسمة
وفي الجامع الصغير أنه إذا ادعاها رجلان وأقاما البينة أنها في يده
وأراد القسمة لم يقسمها حتى يقيم البينة أنها له لاحتمال أن يكون لغيرهما
ثم قيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله خاصة وقيل هو قول الكل هو الأصح
لأن قسمة الحفظ في العقار غير محتاج إليها وقسمة الملك تفتقر إلى قيام سببه

ولا ملك فامتنع الجواز وإذا حضر الوارثان وأقاما البينة
على الوفاة وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب
قسمها القاضي بطلب الحاضرين وينصب وكيلاً يقبض
نصيب الغائب وكذا لو كان مكان الغائب صبي يقسم وينصب
وصياً يقبض نصيبه لأن فيه نظراً للغائب والصغير
ولا تعتبر إقامة البينة في هذه الصورة عند أبي حنيفة خلافاً لهما
كما ذكرنا من قبل ولو كانوا المشترين لم يقسم مع غيبة أحدهم
والفرق أن ملك الوارث ملك خلافة حتى يرد بالعيب ويرد عليه
بالعيب فيما اشتراه المورث ويصير مغروراً بشراء المورث فانتصب
أحدهما خصماً عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصار كالقسمة
قضاء لحضرة المتخاصمين إذ الملك الثابت بالشراء ملك مبتدأ
ولهذا لا يرد بالعيب على بائعه ولا يصلح الحاضر خصماً عن
الغائب لوضوح الفرق وإن كان العقار في يد الوارث الغائب أو شيء
منه لم يقسم وكذا إذا كان في يد مودعه وكذا إذا كان في يد الصغير
لأن القسمة قضاء على الغائب والصغير باستحقاق يدهما من
غير خصم حاضر عنهما وأمين الخصم ليس بخصم عنه فيما يستحق عليه
والقضاء من غير خصم لا يجوز ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة
البينة وعدمها هو الصحيح كما أطلق في الكتاب قال وإذا
حضر وارث واحد لم يقسم وإن أقام البينة لأنه لا بد من خصومة
خصمين لأن الواحد لا يصلح مخاصماً ومخاصماً وكذا مقابضاً ومقابضاً
بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين لما بيناه ولو كان الحاضر صغيراً
نصب القاضي عن الصغير وصياً وقسمه إذا أقيمت البينة وكذا
إذا حضر وارث كبير ووصي له بالثلث فيها وطلبا القسمة وأقاما
البينة

البينة على الميراث والوصية لاجتماع الخصمين الكبير من الميت والموصى له عن نفسه
وكذا الوصي عن الصغير كأنه حضر بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه

فصل فيما يقسم وما لا يقسم

قال وإذا كان كل واحد
من الشركاء ينتفع بنصيبه قسم بطلب أحدهم لأن القسمة حق لازم فيما
يحتملها عند طلب أحدهم على ما بيناه من قبل فإن كان ينتفع به أحدهم والآخر
يستضر به لقلة نصيبه فإن طلب صاحب الكثير قسم وإن طلب صاحب القليل
لم يقسم لأن الأول ينتفع به فاعتبر طلبه والثاني ينتفع في طلبه فلم يعتبر
ذلك وذكر الخصاف رحمه الله على قلب هذا لأن صاحب الكثير يريد الإضرار
بغيره والآخر يرضى بضرر نفسه وذكر الحاكم الشهيد رحمه الله في مختصره
أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي والوجه أن يدرج فيما ذكرناه والأصح
المذكور في الكتاب وهو الأول ولو كان كل واحد يتضرر بصاحبه لم يقسم
إلا بتراضيهما لأن الجبر على القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها ولكن
بتراضيهما لأن الحق لهما وما أفرغ في شأنهما إلا ما القاضي يعتمد الظاهر
قال ويقسم العروض إذا كانت من صنف واحد لأن عند اتحاد الجنس
يتحد المقصود فيحصل التعديل في القسمة والتكميل في المنفعة ولا
تقسم الجنسين بعضها في بعض لأن لا اختلاط بين الجنسين فلا يقع القسمة
تمييزاً بل معاوضة وسبيلها التراضي دون جبر القاضي ويقسم القاضي
كل موزون ومكيل كثيراً أو قليلاً والمعدود المتقارب كتبر الذهب
والفضة وتبر الحديد والنحاس والإبل بأفرادها والبقر أو الغنم
ولا تقسم شاة وبعيراً أو حماراً ولا تقسم الأواني لأنها باختلاف الصنعة
يتحقق الأجناس المختلفة ويقسم الثياب الهروية لاتحاد الصنف ولا تقسم
ثوباً واحداً لاشتمال القسمة على الضرر إذ هي لا تتحقق إلا بالقطع ولا يؤمن
إذا اختلف قيمتهما لما بينا بخلاف ما إذا كان ثوبان إذا جعل ثوباً ثوبين أو ثوباً

وربع ثوب بثوب وثلثه ارباع ثوب لانه قسمه البعض دون البعض وذلك
جائز وقال ابو حنيفة رحمه الله لا تقسم الرقيق والجواهر لتفاوتهما وقالا لا يقسم
الرقيق لاتحاد الجنس كالابل والغنم ولقبول الغنم قوله ان التفاوت في الآدمي
فاحش لتفاوت المعاني الباطنة فصار كالجنس المختلف بخلاف الحيوانات لان
التفاوت فيها نقل فجعلناه كالجنس الآخر الا ترى ان الذكر والانثى من بني آدم جنسان
ومن الحيوانات جنس واحد بخلاف الغنم لان حق الغانمين في المالية حتى كان
للامام بيعها وقسمة ثمنها وههنا يتعلق بالعين والمالية فافترقا واما الجواهر
فقد قيل اذا اختلف الجنس لا يقسم كاللآلي والياقوت وقيل لا تقسم الكبار
منها لكثرة التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل يجري على اطلاقه
لان جهالة الجواهر اخف من جهالة الرقيق الا ترى لو تزوج على لؤلؤة او ياقوتة
او خالع عليها لا يصح التسمية ويصح ذلك على عبد ولنا ان الجبر على القسمة
قال ولا تقسم حمام ولا بئر ولا رحى الا بتراضي الشركاء وكذا الحانوت بين
الدارين لانه يستعمل على الضرر في الطرفين اذ لا يبقى كل نصيب منتفعا انتفاعا
مقصودا فلا تقسم القاضي بخلاف التراضي لما بينا قال واذا كانت دور
مشتركة في مصر واحد قسم كل واحد على حدة في قول ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لم يكن للاصل ثم قسمة بعضها في بعض قسمها وعلى هذا الخلاف لا فرجه
المتفرقة المشتركة لهما انها جنس واحد اسما وصورة ونظرا الى اصل السكنى
احاسن معنى نظرا الى اختلاف المقاصد ووجوه السكنى فيفوت الترجيح
الى القاضي وله ان الاعتبار للمعنى وهو المقصود ويختلف باختلاف المحال
والمحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في
القسمة ولهذا لا يجوز التوكيل بشراء دار وكذا لو تزوج على دار لا يصح
التسمية لا هو الحكم فيهما والثوب بخلاف الدار الواحدة اذا اختلفت ثوبها
لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا فقسمت الدار قسمة واحدة قال رضي الله عنه

تقييد الوضع في الكتاب اشارة الى ان الدارين اذا كانتا في مصرين لا تجمعان في
القسمة عند هما وهو رواية هلال عن محمد رضي الله عنهم وعن محمد رحمه الله انه تقسم
احديهما في الاخرى والبيوت في محلة او محال تقسم قسمة لان التفاوت فيما
بينها يسير والمنازل المتلازقة كالبيوت المتباينة كالدور لانه بين الدارين
على ما مر من بعد فاخذ شبها من كل واحد قال واذا كانت دار وضيعة
او دار وحانوت قسم كل واحد على حدة لاختلاف الجنس وقال ابو يوسف
جعل الدار والحانوت جنسين كذا ذكر الخصاف رحمه الله وقال في
اجارات الاصل ان اجارة منافع الدار بالحانوت لا تجوز وهذا يدل على انهما جنس
واحد فتجعل في المسئلة روايتان او يبنى حرمة الربوا هناك على شبهة المجانسة
والله اعلم

فصل في كيفية القسمة

قال وينبغي للقاسم ان يصور
ما يقسمه ليمكنه حفظه ويعدله اي يسويه على سهام القسمة ويروي بعزله
اي يقطعه بالقسمة من غيره ويذرعه ليعرف خطره ويقوم البناء لحاجته اليه
في الآخر ويفرز كل نصيب عن الباقي بطريقه وشربه حتى لا يكون لنصيب بعضهم
بنصيب البعض تعلق بمقطع المنازعة ويحقق معنى القسمة على التمام ثم
يلقي نصيبا بالاول والذي يليه بالثاني والثالث على هذا ثم يخرج القرعة من
اول الاول السهم الاول ثم يخرج اسمه ثانيا ثم
يخرج اسمه ذلك السهم الثاني والاصل ان ينظر في ذلك الى اول الانصباء حتى
اذا كان الاول ثلثا والثاني سدسا جعلها اثلاثا وان كان سدسا جعلها اسداسا ليمكن القسمة
بتجزئة مشيعا كذا في المنتقى وقوله في الكتاب ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه
بيان الافضل وان لم يفعلا ولم يمكن جاز على ما يكون بتفصيله ان شاء الله تعالى
والقرعة لتطييب القلوب ولازالة تهمة الميل حتى لو عين لكل منهم نصيبا من غير
اقتراع جاز لانه في معنى القضاء فلذلك لا يلزم قال ولا يدخل في القسمة
الدراهم الا بتراضيهم لانه لا شركة في الدراهم والقسمة من حقوق الاشتراك ولانه
يكون فيه التعديل في القسمة لان احدها يصل الى عين العقار ودراهم الآخر

في ذمته ولعلها لا تسلم له وإذا كان الأرض وبناء فعن أبي يوسف
رحمه الله أنه يقسم كل ذلك على اعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار
المعادلة إلا بالتقويم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يقسم الأرض
بالمساحة لأنه هو الأصل في المنقولات ثم يرد من وقع البناء
في نصيبه أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه
فيدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم
علل تسمية الصداق ضرورة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد
على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فإذا بقي فضل
ولا يمكن تحقيق التسوية بأن لا تفي العرصة بقيمة البناء حينئذ يرد
الفضل دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل إلا بها
وهذا يوافق رواية الأصل قال فإن قسم بينهم ولأحدهم سبيل
في نصيب الآخر أو طريق لم يشترط في القسمة فإن أمكن صرف الطريق
والمسيل عنه لم يكن له أن يستطرق ويسيل في نصيب الآخر لأنه
أمكن تحقيق معنى القسمة من غير ضرر وإن لم يمكن فسخت القسمة
لأن القسمة مختلة لبقاء الاختلاط فيتناقض كخيار البيع حيث
لا تفسد في هذه الصورة لأن المقصود منه تملك العين وأنه يجامع
تعذر الانتفاع في الحال إنما القسمة لتكميل المنفعة ولا يتم ذلك
إلا بالطريق ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول وكذلك الجواب لأنه
معنى القسمة الإفراز والتمييز وتمام ذلك بأن لا يبقى لكل واحد تعلق في الباقي
بنصيب الآخر وقد أمكن تحقيقه بصرف الطريق والمسيل إلى غيره من
غير ضرر فيصار إليه بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل
فيه ما كان له من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع وهو التمليك
مع بقاء هذا التعلق لملك غيره وفي الوجه الثاني يدخل فيها لأن القسمة

لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص
باعتباره وفيها معنى الإفراز وهو بانقطاع التعلق على ما ذكرنا فباعتباره
لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الإجارة حيث يدخل فيها بدون التنصيص
لأن ذكر المقصود للانتفاع وذلك لا يحصل إلا بإدخال الممر والطريق
فيدخل من غير ذكره ولو اختلفوا في رفع الطريق بينهم في القسمة
إن كان يستقيم لكل واحد طريق يفتحه في نصيبه قسم الحاكم من غير
طريق يرفع لجماعتهم لتحقق الإفراز بالكلية دونه وإن كان لا يستقيم
ذلك رفع طريقا من جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق
ولو اختلفوا في مقدار جعل على عرض باب الدار وجوابه لأن
الحاجة تندفع به والطريق على سهامهم كما كان قبل القسمة لأن القسمة
فيما وراء الطريق لا فيه ولو شرطوا أن الطريق بينهما أثلاثا جاز
وإن كان أصل الدار نصفين لأن القسمة على التفاضل جائزة بالتراضي
قال وإذا كان سفل لأعلو له وعلو لا سفل له وسفل له علو قوم
كل واحد على حدته وقسم بالقيمة ولا يعتبر بغير ذلك وقال رضي الله عنه
هذا عند محمد رحمه الله وقال أبو حنيفة وأبو يوسف رحمهما الله تقسم
بالذرع لمحمد رحمه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو من الخان
بيتا أو سردابا أو إصطبلا أو غير ذلك فلا تتحقق التعديل إلا
بالقيمة وهما يقولان القسمة بالذرع هي الأصل لأن الشركة في
المذروع دون القيمة فيصار إليه ما أمكن والمراعى التسوية في الشكل
لا في المرافق ثم اختلفا فيما نبينها في كيفية القسمة بالذرع قال أبو حنيفة
رحمه الله ذراع من سفل يزاحم علوا وقال أبو يوسف رحمه الله ذراع
بذراع قبل احتساب كل واحد منهم على علاة أهل عصره أو أهل بلده
تفضيل السفل على العلو واستوائهما وتفضيل السفل مرة والعلو

أخرى وهو اختلاف معنى ووجه قول أبي حنيفة رحمه الله
أن منفعة السفل ترتقي على منفعة العلو بضعفه لأنها تبقى بعد فوات
العلو ومنفعة العلو لا تبقى بعد فناء السفل وكذا السفل فيه منفعة
البناء والسكنى وفي العلو السكنى لا غير إذ لا يمكنه البناء على علوه
إلا برضاء صاحب السفل فيعتبر ذراعا من السفل وأبي
يوسف رحمه الله أن المقصود أصل السكنى وهما يستويان فيه والمنفعتان
متماثلتان لأن لكل واحد منهما أن يفعل ما لا يضر بالآخر على أصله
ولمحمد رحمه الله أن المنفعة تختلف باختلاف الحر والبرد بالإضافة
إليهما فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة والفتوى على قول محمد رحمه الله
وقوله لا يفتقر إلى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة رحمه الله في
مسئلة الكتاب أن يجعل مقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلثة وثلثون
وثلث ذراع من البيت الكامل لأن العلو مثل نصف السفل ولأنه
وثلثون وثلث من السفل ستة وستون وثلثان ومعه ثلثة وثلثون
وثلث ذراع من العلو فبلغت مائة ذراع فتساوي مائة من العلو
المجرد ويجعل مقابلة السفل المجرد من البيت الكامل ستة وستون
وثلثا ذراع لأن علوه مثل نصف سفله فبلغت مائة ذراع كما ذكرنا
والسفل المجرد ستة وستون وثلثان لأنه ضعف العلو فيجعل
مقابلة مثله وتفسير قول أبي يوسف رحمه الله أن يجعل ما زاد خمسين
ذراعا من البيت الكامل مائة ذراع من السفل المجرد أو مائة ذراع خمسون
منها سفل وخمسون منها علو قال وإذا حلف المتفاسخان وشهد فاسقان
قبلت شهادتهما قال رضي الله عنه الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف
رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف رحمه الله
أولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف رحمه الله قول محمد مع

مائة ذراع خمسون

من العلو المجرد لأن العلو والسفل عنده سواء فخمسون ذراعا من البيت الكامل تعدل مائة ذراع

مع قولهما رحمهم الله وقاسما القاضي وغيرهما بسواء لمحمد رحمهما الله
أنهما شهدا على فعل أنفسهما فلا تقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره
فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على فعل غيرهما وهو الاستيفاء
والقبض لا على فعل أنفسهما لأن فعلهما التمييز والإجازة إلى الشهادة
عليه أو لأنه لا يصلح مشهودا به لأنه غير لازم وإنما يلزمه بالقبض
والاستيفاء وهو فعل الغير فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله
إذا قسما بأجر لا تقبل الشهادة بالإجماع وأنه قال بعض المشايخ رحمهم الله
لأنهما يدعيان إيفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة دعوى معنى
فلا تقبل إلا أنا نقول هما لا يجران بهذه الشهادة إلى أنفسهما مغنما
لانتفاء الخصوم على إيفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وإنما
الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد فاسق واحد لا يقبل
لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه برفع
المال إلى آخر فتقبل قول الأمين في دفع الضمان عن نفسه دون إلزام
الآخر إذا كان منكرا والله أعلم

باب دعوى الغلط في القسمة وما يستحق فيها

قال وإذا ادعى أحدهما الغلط وزعم أن مما أصابه شيئا في يد صاحبه
وقد أشهد على نفسه بالاستيفاء لم يصدق على ذلك إلا ببينة لأنه
يدعي فسخ القسمة بعد وقوعها فلا يصدق إلا بحجة فإن لم يقم له بينة
استحلف الشركاء فمن نكل منهم جمع بين نصيب الناكل والمدعي فيقسم
بينهما على قدر أنصبائهما لأن النكول حجة في حقه خاصة فيقضى
عليه على زعمهما قال رضي الله عنه ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقض
قصته وإليه أشار محمد رحمه الله إذا قال قد استوفيت حقي وأخذت بعضه
فالقول قول خصمه مع يمينه لأنه يدعي عليه الغصب وهو ينكر

وان كان الاصابة في موضع كذا ولم يسلمه الى ولم يشهد على نفسه
بالاستيفاء وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة لان الاختلاف
في مقدار ما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في مقدار
المبيع على ما ذكرنا من احكام التحالف مما تقدم ولو اختلفا في
التقويم لم يلتفت اليه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع
وكذا في القسمة لوجود التراضي الا اذا كانت القسمة بقضاء
القاضي والغبن فاحش لان تصرفه مقيد بالعدل ولو اقتسما
دارا واصاب كل واحد طائفة فادعى احدهما بيتا في يد الآخر
انه مما اصابه بالقسمة وانكر الآخر فعليه اقامة البينة لما
قلنا وان اقاما البينة يؤخذ بينة المدعي لانه خارج وبينة الخارج
ترجح على بينة ذي اليد وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا
وترادا وكذا اذا اختلفا في الحدود واما اذا اقاما البينة يقضى
لكل واحد بالجزء الذي في يد صاحبه لما بينا وان اقامت احدهما
بينة قضي له وان لم تقم لواحد منهما تحالفا كما في البيع

فصل

واذا استحق بعض نصيب احدهما بعينه لم تنفسخ القسمة
قال رضي الله عنه ذكر الاختلاف في استحقاق بعض بعينه وهكذا
ذكر في الاسرار والصحيح ان الاختلاف في استحقاق بعض
شائع من نصيب احدهما فاما في استحقاق بعض معين لا تنفسخ القسمة
بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل تنفسخ بالاتفاق وهذا
وجه لم يذكر قول محمد رحمه الله وذكر ابو سليمان رحمه الله
مع ابي يوسف رحمه الله وابو حفص رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله
وهو الاصح لابي يوسف رحمه الله ان استحقاق بعض شائع ظهر
شريك بالشركة والقسمة بدون رضاه باطلة كما اذا استحق

بعض شائع في النصيبين وهذا لان استحقاق جزء شائع ينعدم معنى القسمة
وهو الافراز لانه يوجب الرجوع بحصته في نصيب الآخر شائعا بخلاف المعين
ولهما ان معنى الافراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب احدهما ولهذا
جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء بان كان النصف المقدم مشتركا
بينهما وبين الثالث والنصف المؤخر بينهما لا شركة لغيرهما فيه فاقتسما
على ان لاحدهما ما له من المقدم وربع المؤخر يجوز وكذا في الانتهاء وبعد
استحقاق شيء معين بخلاف الشائع في النصيبين اما هنا لا ضرر بالمستحق
فافترقا وصورة المسألة اخذ احدهما الثلث المقدم من الدار والآخر
الثلثين من المؤخر وقيمتهما سواء ثم استحق نصف المقدم فعندهما
ان شاء نقض القسمة دفعا لعيب التشقيص وان شاء رجع على صاحبه
بربع ما في يده من المؤخر لانه لو استحق كل المقدم رجع بنصف ما في يده
فاذا استحق النصف رجع بنصف النصف وهو الربع اعتبارا للجزء
بالكل ولو باع صاحب المقدم نصفه ثم استحق النصف الباقي رجع صاحبه
بربع ما في يد الآخر عندهما لما ذكرنا وسقط خيار شيوع النصف وعند
ابي يوسف رحمه الله ما في يد صاحبه بينهما نصفان ويضمن قيمة نصف
ما باع لصاحبه لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالعقد
الفاسد مملوك بنفاذ البيع فيه وهو مضمون بالقيمة فيضمن نصف
نصيب صاحبه ولو وقعت القسمة ثم ظهر ان التركة دين محيط ردت
القسمة لانه يمنع وقوع الملك للوارث وكذا اذا كان غير محيط لتعلق
حق الغرماء بالتركة الا اذا بقي من التركة ما يفي بالدين ورأى ما قسم لانه لا حاجة
الى نقض القسمة في ايفاء حقهم ولو ابرأ الغرماء بعد القسمة او اداه
الورثة من مالهم والدين محيط او غير محيط جازت القسمة لان المانع قد
زال ولو ادعى احد المتقاسمين دينا على التركة صح دعواه لانه لا تناقض

اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة يصادف الصورة ولو ادعى عينا باي
سبب كان لم يسمع للتناقض اذ الاقدام على القسمة اعتراف بكون المقسوم
مشتركا **فصل في المهاياة** المهاياة جائزة استحسانا للحاجة
اليه اذ يتعذر الاجتماع على الانتفاع فاشبه القسمة ولهذا يجري فيه
جبر القاضي الا ان القسمة اقوى منه في استكمال المنفعة لانه جمع
المنافع في زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب
احد الشريكين القسمة والاخر المهاياة يقسم القاضي لانه ابلغ في التكميل
ولو وقعت فيما يحتمل القسمة ثم طلب احدهما القسمة تقسم وتبطل
المهاياة لانه ابلغ ولا تبطل التهايؤ بموت احدهما ولا بموتهما لانه لو
استانفه الحاكم ولا فائدة للنقض ثم الاستيناف ولو تهايئا في جارية
على ان يسكن هذا ثلاثة وهذا ثلاثة او هذا علوها وهذا سفلها جاز
لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهاياة والتهايؤ في هذا الوجه
افراز لجميع الانصباء لا مبادلة ولهذا لا يشترط فيه التاقيت ولكل
واحد ان يستغل حال اصابته بالمهاياة شرط ذلك في العقد او لم يشترط
لجبر المنافع على ملكه ولو تهايئا في عبد واحد على ان يخدم هذا يوما وهذا
يوما جاز وكذا هذا في البيت الصغير لان المهاياة قد تكون في الزمان وقد
تكون من حيث المكان والاول متعين هنا ولو اختلفا في التهايؤ من حيث
الزمان والمكان في محل يحتملهما اثرهما القاضي بان يعينا لان التهايؤ في
المكان اعدل من الزمان الحل فلما اختلفت الجهة لا بد من الاتفاق فان
اختارا الامر من حيث الزمان يقرع في البداية نفيا للتهمة ولو تهايئا في
عبدين على ان يخدم هذا هذا العبد والاخر الاخر جاز عندهما لان القسمة
على هذا الوجه جائزة جبرا من القاضي وبالتراضي فكذا المهاياة وقال
عند ابي حنيفة رحمه الله لا يقسم القاضي وهكذا روي عنه لانه لا يجري فيه الجبر

عنده والاصح انه يقسم القاضي عنده ايضا لان المنافع حسب الخدمة قلما
تتفاوت بخلاف اعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما تقدم
ولو تهايئا فيهما على ان ينفق كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا
للمسامحة في الطعام المماليك بخلاف شرط الكسوة لانه لا تسامح
فيها ولو تهايئا في دارين على ان يسكن كل واحد منهما دارا جاز
ويجبر القاضي عليه عندهما ظاهرا لان الدارين عندهما كدار واحدة
وقد فصل الكرخي عنده اعتبارا بالقسمة وعن ابي حنيفة رحمه الله
انه لا يجري التهايؤ فيها اصلا بالجبر لما قلنا وبالتراضي لانه تبع
السكنى بالسكنى بخلاف قسمة رقبتيهما لان بيع بعض احدهما ببعض
الاخر جائز وجه الظاهر ان التفاوت يقل في المنافع فيجوز بالتراضي
ويجري فيه جبر القاضي ويعتبر افرازا لما يكثر التفاوت في اعيانهما
فاعتبر مبادلة ولو كان الدارين للحكم المهاياة على الركوب عند ابي حنيفة
رحمه الله وعندهما يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان وله ان الاستعمال يتفاوت
بتفاوت الراكبين فانه من حاذق وآخر والتهايؤ في الركوب في
دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد لانه يخدم بالتكلف
فلا يحتمل زيادة على طاقته والدابة تحتمله واما التهايؤ في الاستغلال
يجوز في الدار الواحدة في ظاهر الرواية وفي العبد الواحد والدابة
الواحدة لا يجوز ووجه الفرق ان النصيبين يعاقبان في الاستيفاء
والاعتدال ثابت في الحال والظاهر تفاوته في الغد وتغيره في
الحيوان لتوالي اسباب التغير عليه فيفوت المعادلة ولو ازدحمت
الغلة في نوبة احدهما فلنتها في نوبة الاخر يشتركان في الزيادة ليتحقق
التعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ على المنافع واستغل احدهما في
نوبته زيادة لان التعديل فيما وقع عليه التهايؤ حاصل وهو المنافع

فلا يعتبر زيادة الاستغلال من عدد آلاتها على الاستغلال في البذر
جائزا ايضا في ظاهر الرواية لما بينا ولو فضل غلة احدهما لاشتراكا فيه
بخلاف الدار الواحدة والفرق له في الدارين معنى التمييز والافراز راجع
الى الازمان الاستيفاء وفي الدار الواحدة ينعاقب الوصول واعتبر قرضا
وجعل كل واحد في نوبته كالوكيل عن صاحبه فلهذا يزيد عليه حصته
من الفضل وكذلك يجوز في العبدين عندهما اعتبارا بالتهايؤ في المنافع
ولا يجوز عنده لان التفاوت في اعيان الرقيق اكثر منه من حيث الزمان
في العبد الواحد فاولى ان لا يمتنع الجواز والتهايؤ في الخدمة جوز ضرورة
ولا ضرورة في الغلة لامكان قسمتها لكونها عينا ولان الظاهر هو
التسامح في الخدمة والاستقصاء في الاستغلال فلا ينقاسان ولا
يجوز في الدابتين عنده خلافا لهما والوجه ما بينا في الركوب في كوكب
او سحر او غنم بين اثنين فتهايئا على ان ياخذ كل واحد منهما طائفة يستثمرها
او يرعاها ويشرب لبانها لا يجوز لان المهايأة في المنافع ضرورة انها
لا تسمى فيتعذر قسمتها وهذا الاعيان ما فيه يرد عليها القسمة
عند حصولها والحيلة ان يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد
مضي نوبته او ينتفع باللبن بمقدار معلوم استقراضا لنصيب صاحبه
او قرض المشاع جائز والله اعلم

كتاب المزارعة

قال ابو حنيفة رحمه الله المزارعة باطلة والربع
باطلة اعلم ان المزارعة لغة مفاعلة من الزرع وفي الشريعة
هي عقد على الزرع ببعض ما يخرج منه وهي فاسدة عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
جائزة لما روي ان النبي عليه السلام عامل اهل خيبر على نصف ما يخرج منها
ولانه عقد شركة بين المال والعمل فيجوز
اعتبارا بالمضاربة ولجامع دفع الحاجة فان ذا المال قد لا يهتدي

جازت المزارعة لان البقر آلة العمل فصار كما لو استأجر خياطا ليخيط
بابره الخياط وان كانت الارض لواحد والعمل والبقر والبذر لواحد جاز
لانه استئجار للارض ببعض معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها
بدراهم معلومة وان كانت الارض والبذر والبقر لواحد والعمل من
الآخر جاز لانه استأجره للعمل بآلة المستأجر فصار كما اذا استأجر خياطا
ليخيط ثوبه بابرته او طحانا ليطحن بحجره وان كانت الارض والبقر لواحد
والبذر والعمل لآخر فهي باطلة وهذا الذي ذكر ظاهر الرواية وعن
ابي يوسف رحمه الله انه يجوز ايضا لانه لو شرط البذر والبقر جاز
فكذا اذا شرط وجوده وصار كما اذا كان العامل وجه الظاهر ان منفعة البقر
ليست من جنس منفعة الارض لان منفعة الارض قوة في طبعها بجعل بها النماء والبذر
ومنفعة البقر صلاحية تقام به العمل كل ذلك بخلق الله تعالى فلم
تجانسا فتعذر ان يجعل تابعة لها بخلاف جانب العامل لانه تجانست المنفعتان
فجعلت تابعة لمنفعة العامل وهذان وجهان آخران لم يذكرهما احدهما ان يكون البذر
لاحدهما والارض والبقر والعمل لآخر وانه لا يجوز لانه يتم شركة بين البذر
والعمل ولم ترد به الشرع والثاني ان يجمع بين البذر والبقر وانه لا يجوز
ايضا لانه لا يجوز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع ولو كان الخارج في الوجهين
لصاحب البذر في رواية اعتبارا بسائر المزارعات الفاسدة وفي رواية
لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر قابضا له باتصاله بارضه
قال ولا يصح المزارعة الا على مدة معلومة لما بينا وان يكون الخارج
بينهما شائعا تحقيقا لمعنى الشركة فان شرط لاحدهما قفزانا مسماة فهي
باطلة لانه ينقطع الشركة لان الارض عساها لا تخرج الا هذا القدر
وصار كاشتراط دراهم معدودة لاحدهما في المضاربة وكذا اذا شرط
ان يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقي بينهما نصفين لانه يؤدي الى قطع

الشركة في بعض معين له في جميعه فانه لم يخرج الا قدر البذر فصار كما اذا
رفع الخراج والارض خراجية وان يكون الباقي بينهما لانه معين بخلاف
ما اذا شرط صاحب البذر عشر الخارج لنفسه او للآخر والباقي بينهما
لانه معين مساع ولا يؤدي الى قطع الشركة كما اذا شرط رفع العشر
وتخصيص الباقي والارض عشرية قال وكذلك لو شرطا على الماذيانات
والسواقي ومعناه لاحدهما لانه اذا شرط لاحدهما زرع موضع معين
افضى ذلك الى قطع الشركة لانه لعله لا يخرج الا من ذلك الموضع
على هذا اذا شرط لاحدهما ما يخرج من ناحية معينة وللآخر من ناحية اخرى
وكذا اذا شرط لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه عسى تصيبه آفة ولا
ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرط التبن بصفين والحب
لاحدهما بعينه لانه يؤدي الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب
ولو شرط الحب بصفين ولم يتعرضا للتبن صحت لاشتراطهما الشركة
فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء بذره وفي
حقه لا يحتاج الى الشرط والمفسد هو الشرط وهذا سكوت عنه وقال
مشايخ بلخ رحمهم الله التبن بينهما ايضا اعتبارا للخارج فيما لم ينص عليه
المتعاقدان ولانه تبع للحب ايضا والتبع يقوم بشرط الاصل ولو شرط
الحب بصفين والتبن لصاحب البذر صحت المزارعة فالخارج على الشرط
لصحة الالتزام وان لم يخرج الارض شيئا فلا شيء للعامل لانه يستحق شركة
ولا شركة في غير الخارج وان كانت اجارة فالاجر مسمى فلا يستحق غيره
بخلاف ما اذا فسدت لان اجر المثل في الذمة ولا تفوت الا بعد
الخارج قال واذا فسدت فالخارج لصاحب البذر لانه نماء ملكه ولا يستحق
الآخر بالتسمية وقد فسدت فبقي النماء كله لصاحب البذر قال ولو كان
البذر من رب الارض فللعامل اجر مثله لا يزاد على مقدار ما شرط له

لانه رضي بسقوط الزيادة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله
وقال محمد رحمه الله له أجر مثله بالغا ما بلغ لانه استوفى منافعه بعقد
فاسد فيجب عليه قيمتها اذ لا مثل لها وقد مر في الاجارات وان كان من
قبل العامل فلصاحب الارض أجر مثل أرضه لانه استوفى منافع الارض
بعقد فاسد فيجب ردها وقد تعذر ولا مثل لها فيجب رد قيمتها وهل
يزاد على ما شرط له من الخارج فهو على الخلاف الذي ذكرنا هو لو جمع بين الارض
والبقر حتى فسدت المزارعة فعلى العامل أجر مثل الارض والبقر هو الصحيح
لان له مدخلا في الاجارة وهي اجارة معنى واذا استحق ربح الارض الخارج
لبذره في المزارعة الفاسدة طالبه جميعه لان النماء حصل في ارض مملوكة له
وان استحقه العامل أخذ قدر بذره وقدر أجر الارض وتصدق بالفضل
لان النماء الحاصل من البذر ويخرج من الارض فساد الملك في منافع الارض
أو حدث فيه فما سلم له بعوض طاب له وما لا عوض له تصدق به
قال واذا انعقدت المزارعة وامتنع صاحب البذر من العمل لم يجبر عليه
لانه لا يمكنه المضي في العقد الا بضرر يلزمه فصار كما اذا استأجر أجيرا
ليهدم داره وان امتنع الذي ليس من قبله البذر أجبره الحاكم على العمل لانه لا يلحقه
بالوفاء بالعقد ضرر والعقد لازم لقوله الا حاجة الا اذا كان غررا انفسخ
به الاجارة فينفسخ به المزارعة قال ولو امتنع رب الارض والبذر
من قبله وقد كرب المزارع الارض فلا شيء له في العمل الكراب فقيل هذا في
الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يلزمه استرضاء العامل لانه غره في ذلك
واذا مات أحد المتعاقدين بطلت المزارعة اعتبارا بالاجارة وقد مر الوجه
في الاجارات فلو كان دفعها في ثلث سنين فلما نبت الزرع في السنة الاولى لم
يستحصد مات رب الارض ترك الزرع في يد الزارع حتى يستحصد الزرع ويقسم
على الشرط وينقض المزارعة فيما بقي من السنين لان في ابقاء العقد في السنة

الاولى ضرر بالعامل فيخالف فيها على القياس ولو مات رب الارض قبل الزراعة
بعد ما كرب الارض وحفر للانهار انفسخت المزارعة لانه ليس فيه
ابطال حق المزارع هو لا سعي للعامل في مقابلته ما عمل لها ثبتت ان شاء الله
تعالى واذا انفسخت المزارعة بموت صاحب الارض فاحتاج
الى بيعها فباع جاز كما في الاجارة وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض
وحفر للانهار بشيء لان المنافع انما تتقوم بالعقد وهو انما قوم بالخارج
واذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض
والدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير
أهون من الابطال ويجبره القاضي من الحبس ان كان حبسه في الدين
لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو ظالما والحبس جزاء الظلم قال
واذا انقضت مدة المزارعة والزرع لم يدرك كان على المزارع أجر
مثل نصيبه من الارض الى أن يستحصد والنفقة على الزرع عليهما على مقدار
حقوقهما معناه حتى يستحصد لان في تبقية الزرع باجر المثل تعديل
النظر من الجانبين فيصار اليه واذا كان العمل عليهما لان العقد قد انتهى
بانتهاء المدة وهذا العمل في المال المشترك وهذا بخلاف ما اذا مات رب
الارض والزرع بقل حيث يكون العمل عليه على العامل لان هناك بقينا العقد
في مدته والعقد يستدعي العمل على العامل اما هنا العقد قد انتهى فلم يكن
هذا ابقاء ذلك العقد ولم يختص العامل بوجوب العمل عليه فان انفق
احدهما بغير اذن صاحبه وامر القاضي فهو متطوع لانه لا ولاية له
عليه ولو اراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه
من الاضرار من الاضرار بالمزارع ولو اراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل
لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينكما او اعطه قيمة نصيبه أو

أن يعين استعمال الزرع وارجع ما ينفقه في حصته لأن المزارع لما امتنع من العمل
لا يجبر عليه لأن إبقاء العقد بعد وجود المنهي نظر له وقد ترك النظر
لنفسه ورب الأرض من هذه الخيارات لأن بكل ذلك يستدفع الضرر ولو مات
المزارع بعد نبات الزرع فقال ورثته نحن نعمل إلى أن نستحصد الزرع
وأبى رب الأرض فلهم ذلك لأنه لا ضرر على رب الأرض ولا أجر لهم ما عملوا
لأنا بقينا العقد نظرا لهم فلا يستحق الأجر لأن استحقاق الأجر إنما يكون
إذا كان الإبقاء نظرا لغيرهم فإن أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل
لما بينا والمالك على الخيارات الثلاث على ما بينا قال وكذلك أجرة الحصاد
والرفاع والدياس والتذرية عليهما بالحصص فإن شرطاه فإن شرطاه
في المزارعة على العامل فسدت وهذا الحكم ليس يختص بما ذكرنا من الصورة
وهو انقضاء المدة والزرع لم يدرك بل هو عام في جميع المزارعات
ووجه ذلك أن العقد يتناهى بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى
مال مشترك بينهما ولا عقد فيجب مؤنته عليهما وإذا شرط في العقد ذلك
ولا يقتضيه وفيه منفعة لأحدهما تفسد العقد كشرط الحمل والطحن
على العامل وعن أبي يوسف أنه يجوز إذا شرط ذلك على العامل للتعامل
اعتبارا بالاستصناع وهو اختيار مشايخ بلخ قال شمس الأئمة السرخسي
رحمه الله وهذا هو الأصح في ديارنا فالحاصل أن ما كان من عمل قبل الإدراك
كالسقي والحفظ فهو على العامل وما كان منه بعد الإدراك قبل القسمة
فهو عليهما في ظاهر الرواية كالحصاد والدياس وإعداده على ما بينا
وما كان بعد القسمة فهو عليهما وفي المعاملة قياس هذا ما كان قبل
إدراك الثمر من السقي والتلقيح والحفظ فهو على العامل وما كان
بعد الإدراك كالحصاد والحفظ فهو عليهما ولو شرط الحصاد على
العامل لا يجوز بالاتفاق لأنه لا عرف فيه وما كان بعد القسمة عليهما

لأنه مال مشترك ولا عقد ولو شرط الحصاد والزرع على رب الأرض
لا يجوز بالإجماع لعدم العرف فيه ولو أراد أن يقطع الفصيل أو
جز التمر نسيئة أو التقاط الرطب فذلك عليهما لأنهما أنشآ العقد
لتأخيرهما على القطع وجزاء من بسر أصابا كما بعد الإدراك والله أعلم

كتاب المساقاة

قال الإمام أبو حنيفة رحمه الله المساقاة جزء من الثمر باطلة وقالا جائزة
إذا ذكر مدة معلومة وسمى جزءا من الثمر مشاعا والمساقاة
هي معاملة والكلام فيه كالكلام في المزارعة وقال الشافعي
رحمه الله المعاملة جائزة ولا تجوز المزارعة إلا تبعا للمعاملة
لأن الأصل في هذا المضاربة والمعاملة أشبه بها لأن فيها شركة
في الزيادة دون الأصل وفي المزارعة لو شرطا الشركة في الربح
دون البذر بأن شرط رفعه من رأس الخارج تفسد فجعلنا
المعاملة أصلا وجوزنا المزارعة تبعا له كالشرب في بيع الأرض
والمنقول في وقف العقار وشرط المدة قياس فيه لأنه إجارة
معنى كما في المزارعة وفي الاستحسان إذا لم يبين المدة تجوز ويقع
على ثمرة واحدة لأن الثمرة إدراكها وقت معلوم وقلما يتفاوت ويدخل
فيه ما هو المتعارف وإدراك البزر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة
إدراك الثمار لأن له نهاية معلومة فلا يشترط بيان المدة بخلاف
الزرع لأن ابتداءه يختلف كثيرا خريفا وصيفا وربيعا وانتهاؤه
بناء عليه فيدخله الجهالة وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسا قد غلب
ولم يبلغ الثمر معاملة حيث لا يجوز إلا ببيان المدة لأنه يتفاوت بقوة
الأراضي وضعفها تفاوتا فاحشا وبخلاف ما إذا دفع نخيلا أو
أصول رطبة على أن يقوم عليها أو أطلق في الرطبة تفسد المعاملة

لانه ليس لذلك نهاية معلومة لانه تنمو ما تركت في الارض فجهلت وشرط تسمية
الجزء شائعا لما يتنافى المزارعة اذ شرط جزء معين يقطع الشركة ولم يسمها
العامل وقتا يعلم انه لا يخرج الثمر فيها فسدت للمعاملة لفوات المقصود
وهو الشركة في الخارج ولو سمى مدة يدرك الثمر فيها وقد تأخر عنها جازت
لانا لا نتيقن بفوات المقصود لم لو خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة
العقد وان تأخر فللعامل اجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في
المدة المسماة فصار كما اذا لم يسم ذلك في الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج
لان الذهاب بآفة فلا يتبين فساد المدة فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد
منهما على صاحبه ولا تجوز المساقاة في النخل والشجر والكرم والرطاب
واصول الباذنجان وقال الشافعي رحمه الله لا تجوز الا في النخل
والكرم لان جوازها بالاثر وقد خصتهما وهو حديث خيبر ولنا ان الجواز
لحاجة وقد عمت والاثر خيبر لا يخصهما لان اهلها كانوا يعملون في الاشجار
والرطاب ايضا ولو كان كما زعم فالاصل في النصوص ان تكون معلولة لا تتعدى
على اصله وليس لصاحب الكرم ان يخرج العامل من غير عذر لانه لا ضرر
عليه في الوفاء بالعقد وكذا ليس للعامل ان يترك العمل بغير عذر بخلاف المزارعة
لان ضرره الى صاحب البذر على ما قدمناه قال فان دفع بخلافه لم تجز
مساقاة والثمرة تزيد بالعمل جاز وان كانت قد انتهت لم تجز وكذا على
هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وادرك لم يجز لان
العمل انما يستحق بالعمل والاثر للعمل بعد التناهي والادراك فلو جوزناه
لكان استحقاقا بغير عمل ولم يرد به الشرع بخلافه فلذلك يتحقق الحاجة
الى العمل قال واذا فسدت المساقاة فللعامل اجر مثله لانه في حق الاجارة
الفاسدة وصار كالمزارعة اذا فسدت قال وتبطل المساقاة بالموت
لانه في معنى الاجارة وقد بيناه فيها فان مات رب الارض والخارج بسر فللعامل

ان يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى ان يدرك الثمر وان كره ذلك ورثة
رب الارض استحسانا فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر فيه على الآخر
ولو التزم العامل الضرر بخسر ورثة الآخر بين ان يقتسموا البسر على الشرط
وبين ان يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين ان يتفقوا على البسر حتى يبلغ
فيرجعوا بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم وقال
الشافعي في المزارعة ولو مات العامل ولورثته ان يقوموا عليه وان
كره رب الارض لان فيه النظر من الجانبين فان ارادوا ان يصرموه بسرا
كان صاحب الارض من الخيار بين المسائل التي بيناها وان تاجعا فالخيار لورثة
العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافه في حق الخيار وهو ترك الثمار على الاشجار
الى وقت الادراك الا ان يكون وراثة الخيار فان ابى ورثة العامل ان يقوموا
عليه كان الخيار في ذلك لورثة رب الارض على ما وصفناه واذا انقضت مدة
والخارج بسر اخضر فهذا والاول سواء وللعامل ان يقوم عليها الى ان يدرك لكن
بغير اجر لان الشجر لا يجوز استيجاره بخلاف المزارعة في هذا لان الارض تنمو
استيجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفي المزارعة في هذا عليهما
لانه لما وجب اجر مثل الارض بعد انتهاء المدة على العامل لا يستحق عليه العمل
وههنا الاجر فجاز ان يستحق العمل كما يستحق بعد انتهائها قال وتفسخ
الاجارة لما بينا في الاجارات وقد بينا وجوه الغدر فيها ومن جملتها ان يكون
العامل سارقا يخاف عليه سرقة الثمر قبل الادراك لانه يلزم صاحب
الارض ضرر لم يلتزمه فينفسخ به ومنها مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل
لان في الزامه استيجار الاجراء زيادة ضرر عليه ولم يلتزمه فيحصل ذلك عذرا
ولو اراد العامل ترك ذلك العمل هل يكون عذرا فيه روايتان وتأويل احدهما
ان يشترط العمل بنفسه فيكون عذرا من جهته ومن دفع ارضا بيضاء الى رجل
سنين معلومة ليغرس فيها شجرا على ان تكون الارض بين رب الارض والغارس نصفين
والشجر

لم يجز ذلك لاشتراط الشركة فيما كان جاهلا قبل الشركة لا بعد وجميع النعم
والغرس لمرت الارض للعادن قيمة غرسه واجر مثله فيما عمل لانه في معنى غصب
الجاني اذ هو استيجاد بعض ما يخرج من عمله وهو مضمون الانسان فيضمنه
وتعدد رد الغراس لانتقالها بالارض فيجب قيمتها واجر مثله لانه لا بد خارج
قيمة الغراس لتقومها بنفسها وفي تخريجها طريق آخر ساها في كفاية المنتهى
والله اعلم

كتاب الذبائح

الذكاة شرط حل الذبيحة لقوله تعالى الا ما ذكيتم ولانه يتميز الدم المحرم
الطاهر وكما تثبت به الحل تثبت به الطهارة في الماكول وغيره فانها تثبت عندوسه
قوله عليه السلام ذكوة الارض يبسها وهي اختيارية كالجرح فيما بين البلدة والتحيين
واضطرارية وهو الجرح في اي موضع كان من البدن والثاني كالبدل من الاول
لانه لا يصار اليه الا عند العجز عن الاول وهذا آية البدلية وهذا لان
الاول اعمل في اخراج الدم والثاني اقصر منه فاكتفي به عند العجز عن الاول
اذ التكليف بحسب الوسع ومن شرط ان يكون الذابح صاحب ملة التوحيد
اما اعتقادا كالمسلم او دعوى كالكتابي ولم يكون حلالا خارج الجرم على
ما نبينه ان شاء الله تعالى قال وذبيحة المسلم والكتابي حلال لما تلونا ولقوله
تعالى وطعام الذين اوتوا الكتاب حل لكم وتحل اذا كان يعقل التسمية والذبيحة
ويضبط وان كان صبيا او مجنونا او امرأة اما اذا كان لا يضبط ولا يعقل
التسمية والذبيحة لا تحل لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد
وصحة القصد بما ذكرنا ولا قلف في المجنون سواء لما ذكرنا واطلاق الكتاب
ينتظم الكتابي الذمي والحربي والعربي والتغلبي لان الشرط قيام الملة على ما ذكرنا
متروك لو كذبيحة نصوص تقوله عليه السلام سنوا بهم سنة اهل الكتاب
غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه لا يدعي التوحيد فانعدم الملة اعتقادا
ودعوى قال والمرتد لانه لا ملة له فانه لا يقر على ما انتقل اليه بخلاف

بخلاف الكتابي اذا تحول يعرض عنه لانه تقر عليه عندنا فعتبر ما هو عليه
عند الذبح لا قبله قال والوثني لانه لا يعتقد الملة قال والمجوسي
من الصبيان وكذا لا تؤكل ما ذبح في الجرم من الصيد والاطلاق
في الجرم ينتظم الحل والجرم والذبح في الجرم يستوي فيه الحلال والمحرم
وهذا لان الاكل فعل مشروع وهذا الصنيع محرم فلم يكن ذكوة كالا
ما اذا ذبح المحرم غير الصيد او ذبح في الجرم غير الصيد لانه فعل
مشروع اذ الجرم لا يؤمن الشاة وكذا ذبحها لا يحرم على المحرم قال
ولو ترك الذابح التسمية عمدا فالذبيحة ميتة لا تؤكل وان تركها ناسيا
اكلوا قال الشافعي رحمه الله اكل في الوجهين وقال مالك رحمه الله لا تؤكل
في الوجهين والمسلم والكتابي سواء في ترك التسمية وعلى هذا الخلاف
اذا ترك التسمية عند ارسال الجارحة والكلب وعند الرمي وهذا القول
من الشافعي مخالف للاجماع فانه لا خلاف فيمن كان قبله في حرمة
متروك التسمية عامدا وانما الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمذهب
ابن عمر رضي الله عنه انه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس رضي الله عنهما
انه يحل بخلاف متروك التسمية عامدا ولهذا قال ابو يوسف رحمه الله والمسلم
ان متروك التسمية عامدا لا يسع فيه الاجتهاد ولو قضى القاضي بجواز
البيع لا ينفذ لكونه مخالفا للاجماع له قوله عليه السلام المسلم يذبح على
اسم الله سمى الله او لم يسم ولان التسمية لو كانت شرطا للحل لما يسقط
بعذر النسيان كالطهارة في باب الصلوة ولو كانت شرطا فالمسلم اقيمت
مقامها كما في الناسي ولنا الكتاب وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم
الله عليه نهي وهو للتحريم والاجماع وهو ما بينا والسنة وهو حديث
عدي بن حاتم الطائي فانه عليه السلام قال له اذا رميت فاذكر اسم الله
ولم تسم على كلب غيرك علل الحرمة بترك التسمية ومالك رحمه الله يحتج بظاهر

ما ذكرنا اذ لا فصل فيه ولكنا نقول باعتبار ذلك من الحرج ما لا
يخفى لان الانسان كثير النسيان والحرج مدفوع والسمع غير مجرى على ظاهره
اذ لو اريد لجرى الحاجة وظهر الانقيا وارتفع الخلاف في الصيد
الاول والاقامة في حق الناسي وهو معدول لا يدل عليها في حق العامد
ولا عذر وما رواه محمول على حالة النسيان ثم التسمية في ذكوة
تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الارسال
والرمي وهو على الآلة لان المقصود له في الاول الذبح وفي الثاني الرمي
والارسال دون الاصابة فيشترط عند فعل يقتدر عليه حتى اذا
اضجع شاة وسمى فذبح غيرها بتلك التسمية لا يجوز ولو رمى الى صيد
وسمى ثم رمى بالشفرة وذبح باخرى اكل ولو سمى على سهم ثم رمى بغيره صيدا
لا يوكل قال ويكره ان يذكر مع اسم الله شيئا غيره بان يقول عند
الذبح اللهم تقبل من فلان وهذه ثلث مسائل احدها ان يذكر موصولا
بعطف فيكره ولا يحرم الذبيحة وهو المراد بما قال ونظيره ان
يقول بسم الله محمد رسول الله لان الشركة لم توجد فلم يكن الذبح واقعا
له الا انه يكره لوجود القران صورة فيتصور بصورة المحرم والثانية
ان يذكر موصولا على وجه العطف والشركة بان يقول بسم الله واسم
فلان او يقول بسم الله وفلان او بسم الله ومحمد رسول الله بكسر الدال فيحرم
الذبيحة لانه اهل به لغير الله والثالثة ان يقول مفصولا عنه صورة
ومعنى بان يقول قبل التسمية وقبل ان تضجع الذبيحة او بعده وهذا لا
باس به لما روي عن النبي عليه السلام انه قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن امة
محمد من شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ والشرط هو الذكر الخالص المجرد
على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم
اغفر لي لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله او سبحان الله يريد

التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في اصح الروايتين
لانه يريد به الحمد على نعمة دون التسمية وما تراد لتنبه الالتباس عند الذبح
وهو ما دفع عن شهادة المرض
وهو قوله بسم الله والله اكبر منقول عن ابن عباس رضي الله عنهما
بالواو وهو الواو
في قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف قال والذبح بين الحلق
واللبة في الجامع الصغير لا باس بالذبح في الحلق كله وسط واعلاه
واسفله والاصل فيه قوله عليه السلام الذكوة ما بين اللبة والحنجرة لانه
مجمع المجرى والعروق فيحصل بالفعل فيه انهار الدم على ابلغ الوجوه
فكان حكم الكل سواء قال والعروق التي تقطع في الذكوة اربعة
الحلقوم والمرئ والودجان لقوله عليه السلام افر الاوداج بما شئت
وهي اسم جمع واقله الثلاث فيتناول المرئ والودجين وهو حجة على
الشافعي رحمه الله في الاكتفاء بالحلقوم والمرئ لانه لا يمكن قطعه
الا بانه لا تنقطع الحلقوم فيثبت قطع الحلقوم باقتضائه ونظائره
ما ذكرنا بخلاف ما لك رحمه الله ولا يجوز الاكل بل يشترط قطع جميعها وعند
ان قطعها حل للاكل وان قطع اكثرها فكذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا بد من قطع الحلقوم والمرئ واحد الودجين قال رضي الله عنه هكذا
ذكر القدوري الاختلاف في مختصره والمشهور في كتب مشايخنا رحمهم الله
ان هذا قول ابي يوسف وحده وقال في الجامع الصغير وان قطع نصف
الحلقوم ونصف الاوداج لم يؤكل وان قطع الاكثر من الاوداج و
الحلقوم قبل ان يموت اكل ولم يحل خلافا واختلف الرواية فيه
ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذا قطع الثلاث اي ثلاث كان يحل وبه
كان يقول ابو يوسف رحمه الله اولا ثم رجع الى ما ذكرنا وعن محمد رحمه الله
انه يعتبر اكثر كل فرد وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان كل فرد منها
اصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولو وجد الامر بقطعه يعتبر اكثر كل واحد

منها ولابي يوسف رحمه الله ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فيكون
احدهما عن الانفراد كل واحد منهما مجرى الدم اما الحلقوم فمجاري الطعام
مجرى العلف والماء والمري مجرى النفس فلا بد من قطعها ولابي حنيفة رحمه الله
ان الاكثر يقوم مقام الكل في كثير من الاحكام واي ثلث قطعها فقد قطع الاكثر
منها وما هو المقصود يحصل به وهو انهار الدم المسفوح والتوحية
اخراج الروح لانه لا يحيى بعد قطع مجرى النفس والطعام ويخرج الدم بقطع
احد الودجين فيكفي به تحرزا عن زيادة التعذيب بخلاف ما اذا قطع النصف
لان الاكثر باق فكانه لم يقطع شيئا احتياطا لجانب الحرمة قال ويجوز الذبح
بالظفر والقرن والسن اذا كان منزوعا حتى لا يكون بالكل باس الا انه يكره هذا
الذبح وقال الشافعي المذبوح ميتة لقوله عليه السلام كل ما انهر الدم وافرى الاوداج
ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكوة
كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه السلام انهر الدم ما شئت وافرى
الاوداج ما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة يفعلون كذلك
ولانه آلة جارحة فيحصل به ما هو المقصود وهو اخراج الدم وصار كالحجر
والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقتل بالثقل فيكون في معنى المنخنقة وانما
يكره لان فيه استعمال جزء الآدمي ولان فيه اعتداء على الحيوان وقد امرنا فيه
بالاحسان قال ويجوز الذبح بالليطة والمروة وكل شيء انهر الدم الا السن
والظفر القائم فان المذبوح بهما ميتة لما بينا نص محمد رحمه الله في
الجامع الصغير على انها ميتة لانه وجد فيه نصا وما لم يجد فيه نصا يحتاط في
ذلك فيقول الحل لا باس به وفي الحرمة نقول يكره اذا لم يوجد قال ويستحب
ان يحد الذابح شفرته لقوله عليه السلام ان الله تعالى كتب الاحسان على كل شيء
فاذا قتلتم فاحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد احدكم
شفرته وليرح ذبيحته ويكره ان يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي عن النبي

عليه السلام انه راى رجلا اضجع شاة وهو يحد شفرته فقال اتريد ان تميتها موتات هلا حددتها قبل ان تضجعها قال ومن بلغ بالسكين
النخاع او قطع الراس يكره له ذلك ويوكل ذبيحته وفي بعض النسخ
قطع مكان بلغ والنخاع عرق ابيض في عظم الرقبة اما الكراهة فلما
روي عن النبي عليه السلام انه نهى ان تنخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره
ما ذكرنا وقيل معناه ان يمد راسه حتى يظهر مذبحه وقيل ان يكسر عنقه
قبل ان تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لان في جميع ذلك وفي قطع
الراس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة وهو منهي عنه والجاحظ اجاز ان يقطع رجله
الى ان يحتاج الى الركوب مكروه ويكره ان يجر ما يريد ذبحه برجله الى
المذبح وان تنخع الشاة قبل ان تبرد يعني تسكن من الاضطراب بعد ما
لم فلا يكره النخع والسلخ الا ان الكراهة لمعنى زائد وهو زيادة الالم قبل
الذبح او بعده فلا يوجب التحريم فلهذا قال يوكل ذبيحته قال فان ذبح
الشاة من قفاها فبقيت حية حتى قطع العروق حل لتحقق الموت بما هو
ذكوة ويكره لانه زيادة الالم من غير حاجة فصار كما اذا جرحها لم قطع الاوداج
وان ماتت قبل قطع العروق لم يوكل لوجود الموت بما ليس بذكوة
فيها قال وما استانس من الصيد فذكوته الذبح وما توحش من النعم
فذكوته العقر والجرح لان ذكوة الاضطرار انما نصبت اليه عند العجز عن
ذكوة الاختيار على ما مر والعجز متحقق في الوجه الثاني دون الاول
وكذا ما تردى من النعم في بئر ووقع العجز عن ذكوة الاختيار لما بينا وقال
مالك رحمه الله لا يحل بذكوة الاضطرار في الوجهين لان ذلك ندر ونحن
نقول المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل كيف وان الاسلم
الندب بل هو غالب في الكتاب لاطلاق ما توحش من النعم عن محمد ان
الشاة اذا تردت في البيداء فذكوتها العقر وان تردت في المصر لا يحل

بالعقر لانها لا يدفع عن نفسها فيمكن اخذها في المصر بلا عجز والمصر وغيره
سواء في البقر والبعير لانهما يدفعان عن انفسهما فلا تقدر على اخذهما وان
ندا في المصر فيعمل العجز والصبيان كالندّ اذا كان لا يقدر على اخذه
حتى لو قتله المضروب عليه وهو يريد الذكوة حل اكله قال والمستحب
في الابل النحر فان ذبحها جاز ويكره والمستحب في البقر والغنم الذبح فان نحرها
جاز ويكره الاستحباب لموافقة السنة المتوارثة واجتماع العروق فيها في
النحر وفيهما في الذبح والكراهة لمخالفة السنة وهي لمعنى في غيره فلا يمنع
الجواز والحل خلافا لما يقوله مالك رحمه الله انه لا يحل قال ومن نحر ناقة
او ذبح بقرة فوجد في بطنها جنينا ميتا لم يؤكل اشعر او لم يشعر وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر والحسن بن زياد وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله اذا تم خلقه اكل وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه السلام
ذكوة الجنين ذكوة امه ولانه جزء من الام حقيقة لانه متصل بها حتى ينفصل
بالمقراض ويتغذى بغذائها وتتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل في البيع
الوارد على الام ويعتق باعتاقها واذا كان جزءا منها فالجرح في الام ذكوة
له عند العجز عن ذكوته كما في الصيد وله انه اصل في الحيوة حتى يعود
حيوته بعد موتها وعند ذكاة تفرد بالذكوة ولهذا تفرد بالحاق الغرة
ويعتق باعتاق مضاف اليه ويصح الوصية له وبه وهو حيوان دموي
وما هو المقصود من الذكوة وهو المميز من الدم واللحم لا يحصل بجرح
الام اذ هو ليس بسبب لخروج الدم عنه فلا يجعل تبعا في حقه بخلاف الجرح
في الصيد لانه سبب لخروجه ناقصا فيقام مقام الكامل فيه عند التعذر
وانما يدخل في البيع تخريجا لجوازه كيلا تفسد باستثنائه ويعتق باعتاقها
كيلا ينفصل عن الحرة ولذا رفيق والله اعلم

فصل فيما يحل اكله وفيما لا يحل

ولا يحل اكل ذي ناب من السباع ولا ذي مخلب

من الطيور لان النبي عليه السلام نهى عن اكل كل ذي مخلب من الطيور
وكل ذي ناب من السباع وقوله من السباع ذكر عقيب النوعين
فينصرف اليهما فيتناول سباع الطيور والبهائم لان ماله مخلب
او ناب في السبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادي عادة وبغية
التحريم والله اعلم كرامة بني آدم كيلا تغذو شيء من هذه الاوصاف
الذميمة بلاكل اليهم ويدخل فيه الضبع والثعلب ويكون الحديث
حجة على الشافعي رحمه الله في اباحتهما والفيل ذو ناب فيكره والهر
والهرة من السباع والهوام ويكره اكل الرخم والبغاث لانهما
ياكلان الجيف قال ولا باس بغراب الزرع لانه ياكل الحب وليس من السباع
الطير ولا يؤكل الا بقع الذي ياكل الجيف وكذا الغراب وقال ابو حنيفة
رحمه الله لا باس باكل العقعق لانه يخلط فاشبه الدجاجة وعن ابي
يوسف انه يكره لان عامة ماكله الجيف ويكره اكل الضبع والضب والسلحفاة
والزنبور والحشرات كلها اما الضبع فلما ذكرنا واما الضب فلان
النبي عليه السلام نهى عائشة رضي الله عنها حين سالته عن اكله وهو
حجة على الشافعي في اباحته والزنبور من الموذيات والسلحفاة
من خبائث الحشرات ولهذا لا يجب على المحرم بقتله شيء وان كان يكره الحشرات
كلها استدلالا بالضب لانه منها قال ولا يجوز اكل لحم الحمر الاهلية
والبغال لما روى خالد بن وليد رضي الله عنه ان النبي عليه السلام نهى
عن لحوم الخيل والبغال والحمير وعن علي رضي الله عنه ان النبي عليه السلام
اهدى المتعة وحرم لحوم الحمر الاهلية يوم خيبر قال ويكره لحم الفرس
عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول مالك وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
رحمهم الله لا باس باكله لحديث جابر رضي الله عنه انه قال نهى رسول الله عليه السلام
عن لحوم الحمر الاهلية واذن في لحم الخيل يوم خيبر ولابي حنيفة قوله

قوله تعالى والخيل والبغال والحمير لتركبوها وزينة خرج مخرج الامتنان
والاكل من اعلى منافعها والحكيم لا يترك الامتنان باعلى النعم وتمتن بادناها
ولانه آلة ارهاب العدو فذكره لاكله اجتراء له ولهذا يصرف سهمه
له في الغنيمة ولان في اباحته تقليل آلة الجهاد وحديث جابر يتعارض
كحديث خالد رضي الله عنهما والترجيح للمحرم ثم قيل الكراهة عنده كراهة
تحريم وقيل كراهة تنزيه والاول اصح واما لبنه فقد قيل لا باس به
لانه ليس في شربه تعليل آلة الجهاد قال لا باس باكل الارنب لان النبي
عليه السلام اكل منه حين اهدي اليه مشويا وامر اصحابه بالاكل منه ولانه
ليس من السباع وله من اكله الحيف فاشبه الظبي قال واذا ذبح
ما لا يؤكل لحمه طهر جلده وجاز الانتفاع به الا الادمي والخنزير وان الذكوة لا تعمل
فيهما الادمي لحرمته والخنزير لنجاسته كما في الدباغ وقال الشافعي
رحمه الله الذكوة لا تؤثر في جميع ذلك لانه لا تؤثر في اباحة اللحم اصلا و
في طهارة الجلد تبعا ولا تتبع بدون الاصل وصار كذبح المجوسي ولنا
ان الذكوة مؤثرة في ازالة الرطوبات والدماء السيالة وهي النجسة
دون ذات الجلد واللحم فاذا زالت تطهر كما في الدباغ وهذا حكم مقصود
في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي اهانة في الشرع فلا بد من
الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه حتى لو وقع في الماء القليل لا ينجسه
خلافا لزفر وهل يجوز الانتفاع به في غير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل
وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه دهن الميتة والزيت غالبا لا يؤكل فينتفع
به في غير الاكل قال ولا يؤكل من حيوان الماء الا السمك وقال مالك رحمه الله
وجماعة باطلاق جميع ما في البحر واستثنى بعضهم الخنزير فالكلب والانسان
وعن الشافعي رحمه الله انه اطلق ذلك كله والخلاف في الاكل والبيع
واحتجوا بقوله تعالى احل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه السلام

في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدم
لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فاشبه السمك ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم
الخبائث وما سوى السمك خبيث ونهى رسول الله عليه السلام عن جراد
يخنقه الصبغ ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلا
محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل والميتة المذكورة فيما روي
على السمك وهو حلال فيستثنى عن ذلك لقوله عليه السلام احلت لنا
ميتتان ودمان اما الميتتان فالسمك والجراد واما الدمان فالكبد
والطحال قال ويكره اكل الطافي منه والهالك والشافعي رحمه الله
لا باس به لاطلاق ما روينا ولان ميتة البحر موصوفة بالحل بالحديث
ولنا ما روي جابر رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال ما نضب
عنه الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تاكلوا وعن جماعة
من الصحابة رضي الله عنهم مثل مذهبنا وميتة البحر ما لفظه لكون
موته مضافا الى البحر لا ما مات فيه من غير آفة قال ولا باس باكل الجريث والمارماهي
وانواع السمك والجراد بلا ذكوة وقال مالك رحمه الله لا يحل الجراد الا ان
يقطع الآخذ راسه او يشويه لانه صيد البر ولهذا يجب على المحرم بقتله
جزاء يليق به فلا يحل الا بالقتل كما في سائره ولنا ما روي عن علي
رضي الله عنه عن الجراد ياخذه الرجل من الارض وفيها الميت وغيره
فقال كله كله وهذا اخذ من صاحبه ودل على اباحته وان مات
حتف انفه بخلاف السمك اذا مات من غير آفة لانا خصصناه بالنص
الوارد في الطافي ثم الاصل في السمك عندنا انه اذا مات بآفة يحل
كالماخوذ واذا مات حتف انفه من غير آفة لا يحل كالطافي ويجب
عليه فروع كثيرة بيناها في كفاية المنتهى وعند التناول يقطع المتبرز
عليها منها اذا قطع بعضها فمات يحل اكل ما ابين وما بقي لان موته

بأنه وما ابن من الحي وان كان ميتا فميتته حلال وفي الموت بالحر والبرد
روايتان والله اعلم

كتاب الاضحية

قال الاضحية واجبة على كل حر مسلم مقيم موسر في يوم
الاضحى عن نفسه وعن اولاده الصغار اما الوجوب فقول ابي حنيفة
ومحمد وزفر والحسن واحدى الروايتين عن ابي يوسف رحمهم الله وعنه انها
سنة ذكره في الجوامع وهو قول الشافعي رحمه الله وذكر الطحاوي
رحمه الله ان على قول ابي حنيفة رحمه الله واجبة وعلى قول ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله سنة موكدة وهكذا ذكر بعض المشايخ رحمهم الله الاختلاف
وجه السنة قوله عليه السلام من اراد ان يضحي منكم فلا يأخذ من شعره
واظفاره شيئا والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة
على المقيم لوجبت على المسافر لان هما يختلفان في الوظائف المالية
كالزكوة وصدقة الفطر وجه الوجوب قوله عليه السلام من وجد سعة
ولم يضح فلا يقربن مصلانا وعلى هذا الوعيد لا يليق بترك غير
الواجب ولانها قربة تضاف اليها وقتها فيقال يوم الاضحى وذلك يوجب
الوجوب لان الاضافة للاختصاص وهو الوجود والوجوب هو
المفضي الى الوجود ظاهرا بالنظر الى الجنس غير ان الاداء يختص باسباب
تشق على المسافر استيفاؤها ويفوت بمضي الوقت فلا يلحق بالمقيم منزلة
الجمعة والمراد من الاداء فيما روي والله اعلم ما هو عند البعض
لا التخيير والعتيرة منسوخة وهي شاة تذبح في رجب على ما قيل واما
اختص الوجوب بالحرية لانها وظيفة مالية لا تتادى الا بالملك والمالك
هو الحر وبالاسلام لكونها قربة لا بالاقامة لما بينا وبالايسار لما روينا من
اشتراط السعة ومقدار ما يجب به صدقة الفطر وقدر به الصوم وبالوقت
وهو يوم الاضحى لانها تختص به وسنبين مقداره ان شاء الله تعالى وبحسب

وجب عن نفسه لانه اصل في الوجوب عليه على ما بيناه وعن ولده الصغير
لانه في معنى عن ابي حنيفة رحمه الله يروى عنه انه لا يجب عن ولده وهو
ظاهر الرواية بخلاف صدقة الفطر لان السبب هناك راس يمونه ويلي عليه
وهما موجودان في الصغير وهنا قربة محضة والاصل في القربة ان
تجب على الغير بسبب الغير لهذا لا يجب عن عبده وان كان يجب عنه صدقة
الفطر وان كان للصغير مال يضحى عنه ابوه او وصيه من ماله عند ابي
حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضحي من مال
نفسه لا من مال الصغير والخلاف في هذا كالخلاف في صدقة الفطر وقيل
لا يجوز التضحية من مال الصغير في قولهم لان القربة يتادى بالاراقة
والصدقة بعده تطوع فلا يجوز ذلك من مال الصغير ولا يمكنه ان ياكل كله
والاصح ان يضحي من ماله ويأكل منه ما امكنه ويبتاع بما بقي ما ينتفع
بعينه كالفراء والمنجل ويذبح عن كل واحد منهم شاة او يذبح بقرة او بدنة عن سبعة
والقياس ان لا يجوز الا عن واحد لان الاراقة واحدة وهي القربة
الا انا تركناه بالاثر وهو ما روي عن جابر رضي الله عنه انه قال اجتمع
رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولان
نحر الشاة فيقع على اصل القياس يجوز عن خمسة او ستة او ثلثة
ذكره محمد رحمه الله في الاصل لانه لما جاز عن السبعة فبعض من دونهم اولى
ولا يجوز عن ثمانية اخذا بالقياس فيما لا نص فيه وكذا اذا كان نصيب
احدهم اقل من السبع لا يجوز عن اهل بيت وصف القربة في البعض
وسنبينه ان شاء الله تعالى وقال مالك رحمه الله يجوز عن اهل بيت واحد
وان كانوا اكثر من سبعة ولا يجوز عن اهل بيتين وان كانوا اقل منها لقوله
عليه السلام على كل اهل بيت في كل عام اضحاة وعتيرة قلنا المراد والله اعلم
قيم اهل البيت لان النيابة لا تجوز على كل مسلم في كل عام اضحاة

وعنه ولو كانت البدنة بين اثنين نصفين يجوز في الاصح لانه لما جاز ثلاثة سبع
جاز نصف السبع تبعا له واذا جاز على الشركة فقسمه اللحم بالوزن لانه مجازفة
ولو اقتسموا اجزاء لا يجوز الا اذا كان في حصة من الاربع والجلد اعتبارا
بالبيع ولو اشترى بقرة يريد ان يضحي بها عن نفسه ثم اشرك فيها ستة معه
اجزاه استحسانا وفي القياس لا يجزيه وهو قول زفر رحمه الله لانه اعدها للقربة
فيمنع عن بيعها كالهدي ولا اشراك هذه صفته وجه الاستحسان انه قلب الجد
بقرة سمينة لشركائه ولا يظفر بالشركاء وقت البيع واذا يطلبهم بعد
فكان الحاجة اليه ماسة فجوزناه دفعا للحرج وقد امكن لان الشراء للتضحية
لا يمنع البيع والاحسن ان يفعل ذلك قبل الشراء ليكون ابعد عن الخلاف
وعن صورة الرجوع في القربة عن ابي حنيفة رحمه الله انه يكره الاشراك بعد
الشراء لما بينا قال وليس على الفقير والمسافر اضحية لما بينا وابو بكر وعمر
رضي الله عنهما كانا لا يضحيان اذا كانا مسافرين وعن علي رضي الله عنه
ليس على المسافر جمعة ولا اضحية قال وقت الاضحية يدخل بطلوع الفجر
من يوم النحر الا انه لا يجوز لاهل الامصار الذبح حتى يصلي الامام العيد
فاما اهل السواد فيذبحون بعد الفجر والاصل فيه قوله عليه السلام
من ذبح قبل الصلوة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلوة فقد تم
نسكه واصاب سنة المسلمين وقال عليه السلام ان اول نسكنا في هذا اليوم
الصلوة ثم الاضحية غير ان هذا الشرط في حق من عليه الصلوة وهو المصري
دون اهل السواد والقرى التاخير لاحتمال التشاغل به عن الصلوة فلا معنى
للتاخير في حق القروي ولا صلوة عليه وما روينا حجة على مالك والشافعي
رحمهما الله في نفي الجواز بعد الصلوة قبل ذبح الامام ثم المعتبر في ذلك مكان
الاضحية حتى لو كانت في السواد وهو المضحي في المصر يجوز كما انشق الفجر وفي
العكس لا يجوز الا بعد الصلوة وحيلة المصري اذا اراد التعجيل ان يبعث

بها الى خارج المصر فيضحي بها كما طلع الفجر وهو الاصل فيها لان الزكوة من حيث
انها تسقط بهلاك المال قبل مضي ايام النحر كالزكوة بهلاك النصاب فيعتبر
في الصرف مكان المحل لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر
لانها لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى
بعد ما صلى اهل المسجد ولم يصل اهل الخانات اجزاه استحسانا لانه
صلوة معتبرة حتى لو اقتدوا بها اجزتهم وكذا على هذا عكسه وقيل
هو جائز قياسا واستحسانا وقال وهي جائزة في ثلاثة ايام يوم النحر
ويومان بعده وقال الشافعي رحمه الله ثلاثة ايام بعده لقوله عليه السلام
ايام التشريق كلها ايام ذبح ولنا ما روي عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله
عنهم انهم قالوا ايام النحر ثلثة افضلها اولها وقد قالوه سماعا لان الرأي
لا يهتدى الى المقادير وفي الاخبار تعارض فاخذنا بالمتيقن وهو الاول
افضلها او لها كما قالوا ولان فيه مسارعة الى اداء القربة وهو الاصل
الا لمعارض ويجوز الذبح في لياليها الا انه يكره احتمال الغلط في ظلمة الليل
وايام النحر ثلثة وايام التشريق ثلاثة والكل مضي اربعة اولها يوم النحر
واخرها تشريق لان المتوسطتين نحر وتشريق والتضحية فيها افضل
من التصدق بثمن الاضحية لانها تقع واجبة او سنة والتصدق تطوع
محض فتفضل عليها ولانها تفوت بفوات وقتها والصدقة تؤتى بها في
الاوقات كلها فنزلت منزلة الطواف والصلوة في حق الآفاقي ولو لم يضح
حتى مضت ايام النحر ان كان اوجب على نفسه او كان فقيرا تصدق بها حية
وان كان غنيا تصدق بقيمة شاة اشترى او لم يشتر لانها واجبة على الغني
ويجب على الفقير بالشراء بنية التضحية عندها واذا فات الوقت يجب عليه
التصدق اخراجا لغير العبادة كالجمعة تقضى بعد فواتها ظهرا والصوم يقضى
بالجزء فدية قال ولا تضحى بالعمياء والعوراء التي لا تمشي الى المنسك

ولا عجفاء لقوله عليه السلام لا تجزي في الضحايا اربعة العوراء البين عورها
والعرجاء البين عرجها والمريضة البين مرضها والعجفاء التي لا تنقي قال
ولا يجوز مقطوعة الاذن والذنب اما قطع الاذن فلقوله عليه السلام استشرفوا العين
والاذن اي اطلبوا سلامتهما واما الذنب فلانه عضو كامل مقصود
فصار كالاذن قال ولا التي اكثر اذنها وذنبها وان بقي اكثر الاذن
والذنب جاز لان للاكثر حكم الكل بقاء وذهابا ولان العيب اليسير لا يمكن
التحرز عنه فجعل عفوا وقد اختلفت الرواية عن ابي حنيفة رحمه الله في مقدار
الاكثر ففي الجامع الصغير عنه وان قطع من الذنب او الاذن او العين
او الالية الثلث او اقل اجزاه وان كان اكثر لم يجز لان الثلث يتحمله
فيه الوصية من غير رضا الورثة فاعتبر قليله وفيما زاد لا تنفذ الا برضاهم
فاعتبر كثيره وروي عنه الربع لانه يحكي حكاية الكمال على ما مر في الصلوة
ويروى الثلث لقوله عليه السلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي الاكثر من النصف اجزاه اعتبارا
للحقيقة على ما تقدم في الصلوة وهو اختيار الفقيه ابي الليث رحمه الله قال
ابو يوسف رحمه الله اخبرت بقولي لابي حنيفة رحمه الله فقال قولي هو قولك قبل
مراجعتي الى قول ابي يوسف رحمه الله وهو معناه قولي قربت من قولك
وفي كون النصف تعارضا يتأتى عنهما كما في انكشاف العضو وابي يوسف
رحمه الله لم يعرفه المقدار في جبر العين بتيسر وفي العين قالوا تشد العين
المعيبة بعد ان لا تعتلف الشاة يوما او يومين ثم يقرب اليها العلف قليلا
قليلا فاذا اكلته من موضع اعلم على ذلك المكان ثم تشد عينها الصحيحة
ويقرب اليها العلف قليلا قليلا حتى اذا رأته من مكان اعلم عليه ثم ينظر الى
تفاوت ما بينهما فان كان ثلثا فالذاهب الثلث وان كان بصفها فالنصف
قال ويجوز ان تضحي بالجماء وهي التي لا قرن لها لان القرن لا يتعلق

به مقصود هكذا مكسورة القرن لما قلنا والخصي لان لحمها اطيب
وقد صح ان النبي صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين املحين موجوئين قال
والثولاء وهي المجنونة وفي هذا اذا كانت تعتلف لانه لا يخل بالمقصود
اما اذا كانت لا تعتلف لا تجزيه وكذا الجرباء ان كانت سمينة جاز لان الجرب
في الجلد ولا نقصان في اللحم وان كانت مهزولة لا يجوز لان الجرب
في اللحم فالنقصان في المقصود واما الهتماء وهي التي لا اسنان لها عن ابي يوسف رحمه الله
انه يعتبر في الاسنان القلة والكثرة وعنه ان بقي ما يمكنه الاعتلاف به
اجزاه لحصول المقصود وهو السمن وهي التي لا اذن لها خلقة لا يجوز
ان كان هذا لان مقطوع اكثر الاذن اذا كان لا يجوز فعدم الاذن
اولى وهذا الذي ذكرنا اذا كانت من العيوب قائمة وقت الشراء ولو
اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع ان كان عندنا عليه غيرها وان
كان فقيرا يجزيه هذا لان الوجوب على الغني بالسرع ابتداء لان الشراء
لم يتعين وعلى الفقير شراء بنية الاضحية تعينت فلا يجب عليه صيانة
نقصانه كما في نصاب الزكوة وعن هذا الاصل قالوا اذا مات المشتراة
للتضحية على الموسر كان لها اخرى ولا شيء على الفقير ولو ضلت او
سرقت واشترى اخرى ثم ظهرت الاولى في ايام النحر على الموسر ذبح
احديهما وعلى الفقير ذبحهما ولو اضجعها فاضطربت فانكسر رجلها
فذبحها اجزاه استحسانا عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حاله
الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فكانه جعل به اعتبارا وحكمه وكذا
لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم اخذت حكم قوله وكذا نعوذ
عند محمد رحمه الله خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه جعل لمقدمات الذبح
قال والاضحية من الابل والبقر والغنم لانها عرفت شرعا ولم ينقل
الضحية بغيرها من النبي عليه السلام ولا من الصحابة رضي الله عنهم

هـ تجزي من ذلك كله الثني فصاعدا الا الضان فان الجذع
منه تجزي لقوله عليه السلام ضحوا بالثنايا الا ان يعسر عليكم
فليذبح الجذع من الضان وقال عليه السلام نعمت الاضحية الجذع
من الضان قالوا وهذا اذا كان عظيما بحيث لو خلط بالثنيان يشتبه
على الناظر من بعيد والجذع من الضان ما تم له ستة اشهر في مذهب
العامة وذكر الزعفراني انه ابن سبعة اشهر والثني منها ومن المعز
ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين
ويدخل في البقر الجاموس لانه من جنسه والمولود من بين الاهلي
والوحشي يتبع الام لانها اصل في التبعية حتى اذا نزا الظبي على
الشاة يضحى بالولد قال واذا اشترى سبعة نفر ليضحوا بها فمات
احدهم قبل النحر وقالت الورثة اذبحوها عنه وعنكم اجزاهم وان
كان شريك الستة نصرانيا او رجلا يريد اللحم لم يجز عن واحد منهم وجه
ان البقرة تجوز عن سبعة لكن من شرطه ان يكون قصد الكل القربة ولم
وان اختلفت جهاتها كالاضحية والقران والمتعة عندنا لان المقصود
وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير
عرفت قربة الا ترى ان النبي عليه السلام ضحى عن امته على ما روينا من قبل
ولم يوجد في الوجه الثاني لان النصراني ليس من اهلها وكذا قصد
اللحم ينافيها وان لم يقع البعض قربة والباقي لا تجزي في حصول القربة
لم يقع الكل ايضا قربة فامتنع الجواز وهذا الذي ذكرنا استحسان
والقياس ان لا يجوز وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله لانه شرع للاتلاف
فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت لكنا نقول القربة قد تقع عن الميت
كالتصدق بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء على الميت ولو ذبحوها
عن صغير في الورثة او ام ولد جاز لما بينا انه قربة ولو مات في احدهم

منهم فذبحها الباقون بغير اذن الورثة لا تجزيهم لانه لم يقع بعضها
قربة وفيما تقدم وجد الاذن من الورثة فكان قربة قال ويأكل
الاضحية ويطعم الاغنياء والفقراء ويدخر لقوله عليه السلام كنت
نهيتكم عن اكل لحوم الاضاحي فكلوا منها وادخروا ولو منى جاز اكله
وهو فوق جاز ان يؤكله غنيا ويستحب ان لا ينقص الصدقة عن
الثلث لان الجهات ثلاثة الاكل والادخار لما روينا والاطعام لقوله
تعالى واطعموا القانع والمعتر فانقسم عليها اثلاثا قال
ويتصدق بجلدها لانه جزء منها او يعمل منه آلة تستعمل في البيت
كالنطع والجراب والغربال ونحوها لان الانتفاع به غير محرم ولا
باس ان يشتري به ما ينتفع بعينه في البيت مع بقائه استحسانا وذلك
مثل ما ذكرنا لان البدل حكم المبدل ولا يشتري ما لا ينتفع الا بعلف
استهلاكه كالخل والابازير اعتبارا بالبيع بالدراهم والمعنى فيه
انه تصرف على قصد التموّل واللحم بمنزلة الجلد في الاضحية فلو باع
الجلد او اللحم بالدراهم او ما لا ينتفع به الا باستهلاكه تصدق بثمنه
لان القربة انتقلت الى بدله وقوله عليه السلام من باع جلد اضحيته
فلا اضحية له نفيد كراهية البيع اما البيع جائز لقيام الملك
والقدرة على التسليم ولا يعطي اجر الجزار من الاضحية لقوله عليه السلام
لعلي رضي الله عنه بحلالها وخطمها ولا تعط الجزار منها شيئا
والنهي عنه نهي عن البيع ايضا لانه في معنى البيع ويكره ان يجز
صوف اضحيته وينتفع به قبل ان يذبحه لانه التزم اقامة القربة
بجميع اجزائها بخلاف ما بعد الذبح لانه اقيمت القربة بها كما في الهدي
ويكره ان يحلب لبنها وينتفع به كما في الصوف قال والافضل
ان يذبح اضحيته بنفسه ان كان يحسن الذبح وان كان لا يحسنه

فالافضل ان يستعين بغيره واذا استعان بغيره ينبغي ان يشهدها
بنفسه لقوله عليه السلام لفاطمة رضي الله عنها قومي فاشهدي
اضحيتك فانه يغفر لك باول قطرة من دمها كل ذنب قال ويكره
ان يذبحها الكتابي لانه عمل قربة وهو ليس من اهلها ولو امره فذبح
جاز لانه من اهل الذكاة والقربة اقيمت بانابته ونيته بخلاف
ما اذا امر المجوسي لانه ليس من اهل الذكوة فكان افسادا قال
واذا اغلط رجلان فذبح كل واحد منهما اضحية الآخر اجزى عنهما ولا
ضمان عليهما وهذا استحسان واصل هذا ان من ذبح اضحية غيره
بغير اذنه لا يحل له ذلك وهو ضامن لقيمتها ولا تجزيه من الاضحية
في القياس وهو قول زفر رحمه الله وفي الاستحسان يجوز ولا ضمان على الذابح
وهو قولنا وجه القياس انه ذبح شاة غيره بغير امره فيضمن كما اذا
ذبح شاة اشتراها القصاب وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها
للاضحية حتى وجب عليه ان يضحي بعينها في ايام النحر ويكره ان يبدلها
غيرها فصار المالك مستعينا بكل من يكون اهلا للذبح اذ ذاك دلالة
لانها تفوت لمضي هذه الايام وعياله يعجزون عن اقامتها لعوارض
فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها ان قيل يفوته امر
سنتي وهو ان يذبحها بنفسه او يشهد الذبح فلا يرضى به قلنا يحصل له
ثواب آخر ان صير ولانه مضحيا لما عينه وكونه متجملا به فيه تعظيم
ولعلمائنا رحمهم الله من هذا الجنس مسائل استحسانية وهي اكثر من طبخ لحم
غيره او طحن حنطته او رفع جرته فانكسرت او حمل على دابته فسقطت
كل ذلك بغير امر المالك يكون ضامنا ولو وضع المالك اللحم في القدر والقدر
على الكانون والحطب تحته او جعل الحنطة في الدرق وربط الدابة عليه
او رفع الجرة واماله الى نفسه او حمل على دابته فسقط في الطريق فاوقد

هو النار فيه او ساق الدابة فطحنها او اعانه على رفع الجرة فانكسرت
فماتت او حمل على دابته فاسقطت وعطبت لا يكون ضامنا في
هذه الصور استحسانا لوجود الاذن دلالة اذا ثبت هذا نقول
في مسئلة الكتاب ذبح كل واحد منهما شاة موجودة من صاحبه ولا ضمان
لانه وكيله فيما فعل دلالة وان كانا قد اكلا منها فلتحل لكل واحد
منهما صاحبه ولحمهما لانه لو اطعمه في الابتداء يجوز وان كان
عنا فكذا له ان يحلله في الانتهاء وان تشاحا فلكل واحد منهما ان
يضمن صاحبه قيمة لحمه لم تصدق تلك القيمة لانها بدل عن اللحم
فصار كما لو باع اضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت من صاحبه
كان اللحم له ومن اتلف لحم اضحية غيره كان الحكم ما ذكرنا ومن غصب
شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن اضحيته لانه ملكها بسابق الغصب
بخلاف ما لو ذبح شاة فضحى بها لانه ضمنه بالذبح فلم يثبت الملك
له الا بعد الذبح والله اعلم

كتاب الكراهية

قال رضي الله عنه تكلموا في معنى المكروه والمروي
عن محمد رحمه الله نصا ان كل مكروه حرام الا انه لما لم يجد فيه نصا
قاطعا لم يطلق عليه لفظ الحرام وعن ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
انه الى الحرام اقرب وهو يستعمل على فصول منها فصل في الاكل والشرب
قال ابو حنيفة رحمه الله نكره لحوم الاتن والبغال وابوال الابل وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله لا باس بابوال الابل وتاويل قول ابي يوسف
رحمه الله انه لا باس بها للتداوي وقد بينا هذه الجملة فيما تقدم
في الصلوة والذبائح فلا نعيدها واللبن متولد من اللحم فاخذ حكمه
قال ولا يجوز الاكل والشرب والادهان والتطيب بآنية الذهب
والفضة للرجال والنساء لقوله عليه السلام في الذي يشرب من اناء

الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم وأتى أبو هريرة رضي الله
بشراب في إناء فضة فلم يقبله وقال نهانا عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا
هذا في الشرب فكذا في الأكل والادهان وبحوه لأنه في معناه ولأنه تشبه بزي المترفين
وتنعم بنعم المترفين وقال في الجامع الصغير يكره ومراده التحريم ويستوي
فيه الرجال والنساء لعموم النهي فكذلك الأكل يلحقه الذهب والفضة
والآنية المتخذة من الذهب والفضة وكذا ما أشبه ذلك كالمكحلة والمرآة
وغيرهما لما ذكرنا قال ولا بأس باستعمال آنية الزجاج والزجاج
والبلور والعقيق وقال الشافعي رحمه الله يكره لأنه في معنى الذهب
والفضة في التفاخر وقلنا ليس كذلك لأنه ما كان من عادتهم التفاخر
بغير الذهب والفضة قال ويجوز الشرب في الإناء المفضض عند
حنيفة رحمه الله والركوب في السرج المفضض والجلوس على الكرسي
المفضض والسرير المفضض إذا كان يتقي موضع الفضة ومعناه يتقي
موضع الفم وقيل هذا وموضع اليد في الأخذ وفي السرير والسرج موضع
الجلوس وقال أبو يوسف رحمه الله يكره ذلك وقول محمد يروى مع أبي حنيفة
رحمه الله ويروى مع أبي يوسف رحمهما الله وعلى هذا الخلاف الإناء المضبب
بالذهب والفضة والكرسي المضبب بهما وكذا إذا جعل ذلك في السيف والمنجد
وحلقة المرآة وجعل المصحف مذهبا ومفضضا وكذا الاختلاف في
اللجام والركاب والثغر إذا كان مفضضا وكذا الثوب فيه كتابة بذهب
أو فضة على هذا وهذا الاختلاف فيما يخلص فأما التمويه الذي لا يخلص
فلا بأس به لأجماع لهما أن مستعمل جزء من الإناء فيستعمل جميع الأجزاء فيكره
كما إذا استعمل موضع الذهب والفضة ولأبي حنيفة رحمه الله أن ذلك تابع
ولا معتبر بالتبع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم في الثوب
وحساء الذهب في الفص قال ومن أرسل إلى مجوسيا أو خادما فاشترى

الذهب والفضة وقال هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم

جاز فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله لأن
قول الكافر في المعاملات مقبول لأنه خبر صحيح لصدوره عن عقل
ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة إلى قبول الكثرة
وقوع المعاملات وإن كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه
إذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لأنه لما قبل قوله في الحل
أولى أن يقبل في الحرمة قال ويجوز أن يقبل في الهدية والإذن
قول العبد والجارية والصبي لأن الهدايا تبعث عادة على أيدي هؤلاء
وكذا الإذن لأنهم استصحاب المعهود على الإذن عند الضرب في الأرض
والمبايعة في السوق فلو لم يقبل قولهم يؤدي إلى الحرج وفي الجامع الصغير
إذا قالت جارية لرجل بعثني مولاي إليك هدية وسعه أن يأخذها
لأنه لا فرق بينهما إذا أخبرت بإهداء المولى غيرها أو نفسها لما قلنا
قال ويقبل في المعاملات قول الفاسق ولا يقبل في الديانات
العدل ووجه الفرق أن المعاملات يكثر وجودها فيما بين الناس
ولو شرطنا شرطا زائدا يؤدي إلى الحرج فيقبل قول الواحد فيها
عدلا كان أو فاسقا كافرا أو مسلما عبدا أو حرا ذكرا أو أنثى دفعا للحرج
أما الديانات لا يكثر وقوعها حسب وقوع المعاملات فلا حاجة لنا إلى اشتراط
فيها زيادة شرط فلا يقبل إلا قول المسلم العدل لأن الفاسق متهم
والكافر لا يلتزم الحكم فليس له أن يلزم المسلم بخلاف المعاملات لأن الكافر
لا يمكن المقام في دارنا إلا بالمعاملة ولا تتهيأ المعاملة إلا بعد قبول قوله
فيها فكان فيه ضرورة ولا يقبل قول المستور في ظاهر الرواية وعن
أبي حنيفة رحمه الله أنه يقبل قوله فيها جريا على مذهبه أنه يجوز القضاء به
وفي ظاهر الرواية هو والفاسق سواء حتى يعتبر فيهما أكبر الرأي
قال ويقبل فيها قول العبد والحر والأمة إذا كانوا عدولا لأن عدالة العبد

العدالة الصدق واجهوا القول لرجحانه في المعاملات ما ذكرنا هو
الموكد وهو من الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا اخبر مسلم مرضي
لم يتوضأ به ويتيمم ولو كان المخبر فاسقا او مستورا تحرى فان كان اكبر
رايه انه صادق تيمم ولا يتوضأ فان اراق الماء لم يتيمم كان احوط ومع
العدالة يسقط احتمال الكذب فلا معنى للاحتياط في الاراقة اما التحري
مجرد ظن ولو كان اكبر رايه انه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب
الكذب بالتحري وهذا هو الحكم اما الاحتياط بتيمم بعد الوضوء
لما قلنا ومنها الحل والحرمة اذا لم يكن فيه زوال الملك وهي تفاصيل
وتفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى قال ومن دعي الى وليمة
او طعام فوجد فيه لعبا او غناء فلا باس بان يقعد ويأكل وقال ابو حنيفة
رحمه الله ابتليت بهذا مرة وهذا لان اجابة الدعوة سنة وقال عليه السلام
من لم يجب الدعوة فقد عصى ابا القاسم ولا يتركها لما اقترنت به من المنكر
من غيره كصلوة الجنازة واجب الاقامة وان حضرها نياحة فان قدر
على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر وهذا اذا لم يكن مقتدى فان كان
ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية
على المسلمين والمحكي عن ابي حنيفة رحمه الله في الكتاب كان قبل ان يصير
مقتدى ولو كان ذلك على المائدة سعى ان لا يقعد وان لم يكن مقتدى
لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وهذا كله بعد
الحضور ولو علم قبل الحضور لا يحضر لانه لم يلزمه حق الدعوة بخلاف
اذا هجم عليه لانه قد لزمه وجاءت المسئلة على ان الملاهي كلها حرام
حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول ابي حنيفة رحمه الله ابتليت لان الابتلاء
بالمحرم يكون

فصل في اللبس

قال لا يحل للرجال
لبس الحرير ويحل للنساء لان النبي عليه السلام نهى عن لبس الخز والديباج

وقال عليه السلام انما يلبسه من لا خلاق له في الآخرة وانما حل للنساء لحديث
آخر وهو ما روى اعدة من الصحابة رضي الله عنهم فيهم علي ان النبي صلى
الله عليه وسلم خرج وباحدى يديه حرير وبالاخرى ذهب وقال هذان
محرمان على ذكور امتي حل لاناثهم ويروى حلال لاناثهم الا ان القليل
عفو مقداره ثلثة اصابع او اربع اصابع كالاعلام والمكفوف
بالحرير لما روي ان النبي عليه السلام نهى عن لبس الحرير الا موضع
اصبعين او ثلاثة او اربعة اراد الاعلام وعنه عليه السلام انه
كان يلبس جبة مكفوفة بالحرير ولا باس بتوسده والنوم عليه
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يكره وفي الجامع الصغير ذكر قول
محمد وحده ولم يذكر قول ابي يوسف واما ذكره القدوري وغيره
من المشايخ رحمهم الله وكذا الاختلاف في ستر الحرير وتعليقه
على الابواب لهما العمومات ولانه من زي الاكاسرة والجبابرة والتشبه
بهم حرام قال محمد رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم وله ما روي انه
عليه السلام جلس على مرفقة حرير وقد كان على بساط عبد الله بن عباس
مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح كالاعلام فكذا القليل
من اللبس والاستعمال ولابي حنيفة انه مودجا على ما عرف قال ولا باس
بلبس الحرير والديباج في الحرب عندهما لما روي الشعبي رحمه الله انه عليه
السلام رخص في لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة
فان الحاجة اليه ادفع لمعرة السلاح واهيب في عين العدو ولبرقه
ويكره عند ابي حنيفة رحمه الله لانه لا فصل فيما روينا والضرورة
اندفعت بالمخلوط وهو الذي لحمته حرير وسداه غيره ذلك لا يحظر
لانتفاء الضرورة وما رواه محمول على المخلوط قال ولا باس بلبس
ما سداه حرير ولحمته غير حرير كالقطن والخز في الحرب وغيره لان الحاجة

رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز والخز يسدى بالحرير واللحمة الثوب اما
تصير ثوبا بالنسج والنسج بالحرير فكانت هي المعتبرة دون السدى قال
ابو يوسف رحمه الله اكره ثوب القز يكون بين الفرو والظهارة ولا
ارى بحشو القز باسا لان الثوب ملبوس والحشو غير ملبوس قال
وما كان لحمته حريرا وسداه غير حرير فلا باس به في الحرب للضرورة ويكره
في غيره لانعدامها والاعتبار للحمة على ما بينا قال ولا يجوز للرجال
التحلي بالذهب لما روينا ولا بالفضة لانه في معناه الا بالخاتم والمنطقة
وحلية السيف من الفضة لحقنا لمعنى الضرورة والفضة اعتبرت
تبعا للذهب اذ هما من جنس واحد كيفما دخلا في اباحة ذلك اثار وفي
الخاتم الصغير لا يحرم الا نصفه وهذا نص على ان التختم بالحجر
والحديد والصفر حرام وروى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا خاتم صفر
فقال ما لي اجد منكم رائحة الاصنام وروي على آخر خاتم حديد فقال
ما لي ارى عليك حلية اهل النار وهو من الناس من اطلق في الحجر الذي لا يشف
لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر واطلاق الجواب في الكتاب يدل
على الحرمة والتختم بالذهب على الرجال حرام لما روينا وعن علي رضي الله عنه
ان النبي عليه السلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة
ضرورة الختم او التزين وقد اندفعت بالادنى وهو الفضة والحلقة
هي المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا يعتبر بالفص حتى يجوز ان يكون من
حجر ويجعل الفص الى باطن كفه بخلاف النسوان لانه تزين في حقهن
وانما يختم القاضي والسلطان لحاجته الى الختم فاما غيرهما فالافضل
ان يترك لعدم الحاجة اليه ولا باس بسماط الذهب يجعل في حجر الفص
اي في ثقبه لانه تابع كالعلم في الثوب فلا يعد لابسا له ولا يشد الاسنان
بالذهب ويشد بالفضة وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله

لا باس بالذهب ايضا وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول كل واحد
منهما لهما ان عرفجة بن اسعد اصيب انفه يوم الكلاب فاتخذ
انفا من فضة فانتن فامره النبي عليه السلام بان يتخذ انفا
من ذهب ولابي حنيفة رحمه الله ان الاصل فيه التحريم والاباحة
للضرورة وقد اندفعت بالفضة هو الادنى يبقى الذهب على التحريم
والضرورة فيما دونه لم تندفع بالدفع الى الانف دونه حيث انتن قال
ويكره ان يلبس الذكور من الصبيان الذهب والحرير لان التحريم
ثابت في حق الذكور وحرم اللبس جزء الاباحة كالخمر لما
حرم شربه حرم بيعه قال ويكره الجمر التي تحمل فيمسح بها العرق
لانه نوع تجبر وتكبر وكذا الذي يمسح بها الوضوء او يخلط بها
قيل واذا كان عن حاجة لا يكره وهو صحيح وانما يكره اذا كان عن
تكبر وعباد كالتربع في الجلوس ولا باس بان يربط الرجل في
اصبعه او خاتمه الخيط للحاجة ويسمى ذلك الرتم والرتيمة
وكان ذلك من عادة العرب قال قائلهم لا ينفعنك اليوم ان همت
بهم كثرة ما توصي وتعقاد الرتم وقد روي ان النبي عليه السلام امر
بعض اصحابه بذلك ولانه ليس بعبث لما فيه من الغرض الصحيح وهو
التذكر عند النسيان والله الهادي

فصل في الوطء والنظر والمس

قال لا يجوز ان ينظر الرجل الى الاجنبية
الا الى وجهها وكفيها لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر
منها قال علي وابن عباس ما ظهر منها الكحل والخاتم والمراد موضعهما
وهو الوجه والكف كما ان المراد بالزينة المذكورة موضعها ولان
في ابداء الكف والوجه ضرورة لحاجتها الى المعاملة مع الرجال اخذا
واعطاء وغير ذلك وهذا نص على انه لا يباح النظر الى قدمها وعن

الى جسده رحمه الله انه يباح لان فيه بعض الضرورة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يباح له النظر الى ذراعيها ايضا لانه قد تبدو منها عادة قال فان
كان لا يأمن من الشهوة لا ينظر الى وجهها الا لحاجة لقوله عليه السلام
من نظر الى محاسن امرأة اجنبية عن شهوة صبّ في عينيه الآنك يوم القيامة
فاذا خاف الشهوة لم ينظر من غير حاجة تحرزا عن المحرم قوله لا بأس بنظر
الى وجهها اذا كان في استتارها كراهة اذا علم او كان اكبر رأيه ذلك ولا يحل
له ان يتبع وجهها ولا كفيها وان كان يأمن الشهوة لعموم المحرم وانعدام الضرورة
والبلوى بخلاف النظر لان فيه بلوى والمحرم قوله عليه السلام من مس كف امرأة
ليس منها بسبيل وضع على كفه جمرة يوم القيمة وهذا اذا كانت شابة تشتهى اما
اذا كانت عجوزا فلا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومسها لانعدام خوف الفتنة وقد
روي ان ابا بكر رضي الله عنه كان يدخل بعض القبائل التي كان يسترضع فيها
وقد كان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنهما استأجر عجوزا لترضعه
وكانت تغمز رجله وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها لما
فلما كان لا يأمن عليها لا يحل مصافحتها لما فيه من التعرض للفتنة والصغيرة
اذا كانت لا تشتهى تباح مسها والنظر اليها لعدم خوف الفتنة قال ويجوز
للقاضي اذا اراد ان يحكم عليها وللشاهد اذا اراد الشهادة عليها النظر
الى وجهها وان خاف ان لا تستبرئ لحاجة الى احياء حقوق الناس بواسطة القضاء
واداء الشهادة وكان ينبغي ان يقصد به اداء الشهادة او الحكم عليها لا قضاء الشهوة
تحرزا عما امكنه التحرز وهو القصد القبيح فاما النظر لتحمل الشهادة اذا اشتهى
قيل يباح والاصح انه لا يباح لانه يوجد من لا يشتهى فلا ضرورة بخلاف حالة الاداء
ومن اراد ان يتزوج امرأة فلا بأس ان ينظر اليها وان علم انه تشتهيها لقوله
عليه السلام فيه ابصرها فانه اجدر ان يودم بينكما ولان اقامة الشهوة
ويجوز للطبيب ان ينظر الى موضع المرض منها للضرورة وينبغي ان يعلم امرأة

ثدي دائها لان نظر الجنس الى الجنس اسهل فان لم تقدر وايسر كل عضو منها سوى
موضع المرض لم ينظر ويغض بصره ما استطاع لان ما ثبت بالضرورة يتقدر
بقدرها وجاز كنظر الخافضة والختان وكذا يجوز للرجل النظر الى موضع
الاحتقان من الرجل لانه مداواة ويجوز للمرض وكذا للقابلة الفاجشة
على ما روي عن ابي يوسف رحمه الله لانه اصابة المرض قال ونظر الرجل
الى الرجل الى جميع بدنه الا ما بين سرته الى ركبته لقوله عليه السلام عورة
الرجل ما بين سرته الى ركبته ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وهذا
لان السرة ليست بعورة خلافا لما يقوله ابو عصمة والشافعي والركبة
عورة خلافا لما قاله الشافعي والفخذ عورة خلافا لاصحاب الظواهر
وما دون السرة الى منبت الشعر عورة خلافا لما يقوله الكرابيسي رحمه الله
معتمدا فيه على العلاء لانه لا يعتبر بها مع النص بخلافه وقد روى ابو
هريرة رضي الله عنه عن النبي عليه السلام انه قال الركبة من العورة وابدى
الحسن بن علي رضي الله عنهما سرته فقبلها ابو هريرة رضي الله عنه وقال
عليه السلام جزهه وارخ ذيلك اما علمت ان الفخذ عورة ولان الركبة
ملتقى عظم الفخذ والساق فاجتمع المحرم والمبيح وفي مثله تغلب المحرم
وحكم العورة في الركبة اخف منه في الفخذ في الفخذ احتياط منه في السرة حتى
ان كاشف الركبة منكر عليه برفق وكاشف الفخذ يعنف عليه وكاشف
السوءة يؤدب ان لم يتب وما يباح النظر للرجل من الرجل يباح المس
لانها فيما ليس بعورة سواء قال ويجوز للمرأة ان تنظر من الرجل الى
الى ما ينظر الرجل اليه منه اذا امنت الشهوة لاستواء الرجل والمرأة
في النظر الى ما ليس بعورة كالثياب والدراهم وفي كتاب الخنثى من الاصل
ان نظر المرأة الى الرجل الاجنبي نظر الرجل الى محارمه لان النظر
الى خلاف الجنس اغلظ فان كان في قلبها شهوة او اكبر رأيها انها

يشتهي او شكت في ذلك يستحب لها ان تغض بصرها ولو كان المنظور اليه الرجل اليها وهو بهذه الصفة لم ينظر وهذا اشارة الى التحريم
ووجه الفرق ان الشهوة عليه من غالب وهو كالمتحقق لاعتبار
فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة في الجانبين ولا كذلك
اذا اشتهت المرأة لان الشهوة غير موجودة في جانبه حقيقة
واعتبار الفكانت من جانب واحد والمتحقق من الجانبين في الافضاء
الى المحرم اقوى من المتحقق في جانب واحد قال ونظر المرأة
من المرأة الى ما يكون للرجل ان ينظر اليه من الرجل لوجود
الجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا
الضرورة قد تحقق الى الانكشاف فيما ينتهي وعن ابي حنيفة رحمه الله
ان نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه بخلاف نظرها الى
الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف للاشتغال
بالاعمال والاول اصح قال ونظر الرجل الى عنه التي تحل له و
زوجته الى فرجها وهذا اطلاق في النظر الى ما يبدو منها عن شهوة
وغير شهوة والاصل فيه قوله عليه السلام غض بصرك الا عن امتك
او امرأتك ولان ما فوق ذلك من الملبس والغشيان مباح فالنظر
اولى والمراد ان الاولى ان لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله
عليه السلام اذا اتى احدكم فليستتر ما استطاع ولا يتجرد ان تجرد
العيران ولان ذلك يورث النسيان لو رود الانثى وكان ابن عمر رضي الله
عنه يقول الاولى ان ينظر ليكون ابلغ في تحصيل معنى اللذة قال
ونظر الرجل من ذوات محارمه الى الوجه والراس والصدر والساق
والعضدين ولا ينظر الى ظهرها وبطنها وفخذها لاطلاق قوله تعالى
ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن الاية والمراد منه والله اعلم مواضع

الزينة وهي ما ذكرنا الكتاب ويدخل في ذلك الساعد والاذن والعنق
والقدم لان كل ذلك موضع الزينة بخلاف الظهر والفخذ والبطن
لانها ليست مواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير
استيذان واحتشامه المرأة في بيتها في ثياب مهنتها عادة فلو حرم
النظر الى هذه المواضع ادى الى الحرج وكذا الرقبة تقل الجريمة
الموتبة فقل استهى بخلاف ما وراءها لانها لا تنكشف عادة والمحرم
من الاكوز المناكحة بينه وبينها على سبيل التابيد بنسب كان او بسبب
كالرضاع والمصاهرة لوجود المعنيين فيه وسواء كانت المصاهرة
بنكاح او سفاح في الاصح لما بينا قال ولا باس للرجل ان ينظر
اليه منها لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة وقلة الشهوة للحرمة بخلاف
وجه الاجنبية وكفها حيث لا يباح المشي ولم يبح النظر لان الشهوة
كاملة الا اذا كان يخاف عليها او على نفسه الشهوة فحينئذ لا ينظر
ولا لمس لقوله عليه السلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليد
تزنيان وزناها البطش وجرمة بزوات المحارم اغلظ فيجتنب ولا
باس بالخلوة والمسافرة بهن لقوله عليه السلام لا تسافر المرأة فوق
ثلاثة ايام وليالي الا ومعها زوجها او ذو رحم محرم منها وقوله عليه السلام
الا لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان
والمراد اذا لم يكن محرما فان احتاج الى الركاب والنزال فلا باس
بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا
امن الشهوة فان خاف على نفسه او عليها تيقنا او ظنا او شكا فليجتنب
ذلك بجهده ثم ان امكنها الركوب بنفسها تمتنع عن ذلك اصلا وان
لم يمكنها يتكلف بالثياب كيلا يصيبه حرارة عضوها وان لم يجد الثياب
يدفع الشهوة عن قلبه بقدر الامكان قال ونظر الرجل الى مملوكته

غيره الى ما يجوز ان ينظر منه الى ذوات محارمه لانها تخرج لحوائج مولاها وتخدم
اضيافه وهي في ثياب مهنتها فيصادفها جارها خارج البيت في حق الاجانب كحال
المراة داخلة في حق المحارم الا قاذف وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى
جارية منقنعة علاها بالدرة وقال الا تنقعين كانك جارية ارهزها تقال هزوه بالسيف ضربته علاها اي ضرب علاوتها اي رأسها
بالجر ولا يحل النظر الى بطنها وظهرها خلافا لما يقوله محمد بن مقاتل
رحمه الله انه يباح الا الى ما دون السرة الى الركبة لانه لا ضرورة كما في
المحارم بل الولي لقلة الشهوة فيهن وكالهلة الا ما هو لفظ المملوكة منتظم المدبرة
والمكاتبة وام الولد لتحقق الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عندي
خصوصا رحمه الله على ما عرف واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل تباح كما
في المحارم وقيل لا تباح لعدم الضرورة الى الاتكال والانزال الشهر محمد في الاجل
الضرورة فيهن وفي ذوات المحارم تحرز الحاجة قال ولا باس لمن اشترى
ذلك اذا اراد الشراء وان خاف ان يشتهي كذا ذكر في المختصر والطلق
ايضا في الجامع الصغير ولم يفصلوا والمشايخ رحمهم الله تباح النظر
في هذه الحالة وان اشتهى للضرورة ولا تباح المتن اذا اشتهى لو كان اكبر
رايه ذلك لانه نوع استمتاع في غير حالة الشراء تباح النظر والمتن بشرط
عدم الشهوة قال واذا حاضت المراة تعرض في ازار واحد ومعناه
بلغت وهذا لما بينا ان الظهر والبطن منها عورة وعن محمد رحمه الله انها
اذا كانت تشتهى والجامع مثلها فهي كالبالغة لا تعرض في ازار واحد لوجود
الاشتهاء قال والخصي في النظر الى الاجنبية كالفحل لقول عائشة رضي
الله عنها الخصي مثله فلا يبيح ما كان حراما قبله ولانه فحل الجماع وكذا
المجبوب لانه يسحق وينزل وكذا الخنثى في الوجهين من الافعال في افاسق
والحاصل انه يوجد فيه الحكم كتاب الله المتولد فيه والطفل الصغير يشتهى
بالنظر قال ولا يجوز للمملوك ان ينظر الى سيدته الا الى ما يجوز للاجنبي النظر من الاجنبي

ومن لا يحل له وطيها وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب
وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لبطونها فتعتبر تحقق السبب
عند توهم الشغل وكذا لا تجتزأ بالحيضة التي اشتراها في اثنائها ولا
بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء او غيره من اسباب الملك قبل القبض
ولا بالولادة الحاصلة بعدها قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله ان
السبب استحداث الملك واليد والحكم لا يسبق السبب وكذا لا تجتزأ
بالحاصلة قبل الاجازة في البيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا
بالحاصلة بعد القبض في شراء الفاسد قبل ان يشتريها شراء صحيحا
بما قلنا ويجب على حادث المشتري فيها شغل فلمشتري الباقي في هذا السبب
قد تم الآن والحكم يضاف الى تمام العلة ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها
بعد القبض وهي مجوسية او مكاتبة بان كاتبها بعد الشراء ثم اسلمت
المجوسية وعجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك
واليد وهو نقيض الحل والجزء المانع كما في حالة الحيض ولا يجب الاستبراء
اذا رجعت الآبق او رجعت المغصوبة او المؤاجرة او فكت المرهونة
لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين قادر
الحكم عليه وجودا وعدما ولها نظاير كثيرة كتبناها في كفاية المنتهى
واذا ثبت وجوب الاستبراء وجزم الوطء جزم الدواعي لافضائها اليه
او لاحتمال وقوعها في غير الملك على اعتبار ظهور الحبل ودعوة البائع
بخلاف الحائض حيث لا يجزم الدواعي فيها لانه لا يحتمل الوقوع في غير الملك
ولانه زمان نفرة فالاطلاق في الدواعي لا يفضي الى الوطء والرغبة في
المشتراة قبل الدخول اصدق الرغبات فيفضي اليه ولم يذكر الدواعي
في المسبية وعن محمد رحمه الله انها لا يجزم لانها لا يحتمل وقوعها في غير الملك
لانه لو ظهر بها حبل لا يقع دعوة الجزء بخلاف المشتراة على ما بيناه والا

والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما بيناه في خولات الاشهر بالشهر لانه اقيم
في حقهن مقام الحيض كالمعتدة واذا حاضت في اثنائه بطل الاستبراء
بالايام للقدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل كما في العدة
وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين انها ليست بحامل وقع عليها
وليس فيه تقدير في الظاهر الرواية وقيل تمكث شهرين او ثلاثة
وعن محمد رحمه الله اربعة اشهر وعشرا وعنه سهران وخمسة ايام اعتبارا
بعدة الحرة والامة في الوفاة وعن ابي يوسف رحمه الله ستان وهو رواية
عن ابي حنيفة رحمه الله قال ولا باس بالاحتيال لاسقاط الاستبراء
عند ابي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله وقد ذكرنا الوجهين في الشرح
الماخوذ قول ابي يوسف رحمه الله فيما اذا علم ان البائع لم يقربها في
طهر هادك وقول محمد رحمه الله فيما اذا قربها والجارية اذا لم يكن تحت المشتري
حرة ان يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ولو كانت الجارية ان يزوجها
البائع قبل الشراء او المشتري قبل القبض ممن يوثق به ثم يشتريها
ويقبضها او تقبضها ثم تطلق الزوج لان عند وجود السبب
وهو استحداث الملك الموكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا
له لا يجب الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر اوان وجود السبب
كما اذا كانت معتدة الغير قال ولا تقرب المظاهر ولا يلمس
ولا تقبل ولا ينظر الى فرجها بشهوة حتى يكفر لانه لما حرم الوطء
الى ان يكفر حرم الدواعي لافضائه اليه لان الاصل ان سبب الحرام
حرام كما في الاعتكاف والاحرام وفي المنكوحة اذا وطئت بشبهة
بخلاف حالة الحيض والصوم لان الحيض لمدة شطر عمرها والصوم
عدة شهر اذ ضا واكثر نفلا فالمنع عنها يفضي الى الحرج ولا كذلك الغير
ما عددناها لقصور شرحها وقد صح ان النبي عليه السلام كان يقبل

وهو جامع ويضاجع لباسا وهن جنس ومن له امتان اختان فقبلهما
بشهوة فانه لا يجامع واحدة منهما ولا يقبلها ولا يمسها بشهوة ولا ينظر
الى فرجها بشهوة حتى يملك فرج الاخرى بملك او نكاح او تعتيق وابن
هذا ان الجمع بين الاختين المملوكتين لا يجوز وطيا لاطلاق قوله تعالى
وان تجمعوا بين الاختين ولا يعارض بقوله تعالى او ما ملكت ايمانهم لان
الترجيح للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي اطلاق النص والمراد
الدواعي الى الوطي بمنزلة الوطي والتجاوز على ما مر قبل فاذا قبلها
فكانه وطيها ولو وطيها فليس له ان يجامع اخرتها ولا ان يأتي بالدواعي
فيها وكذا اذا قبلها وكذا اذا مستها بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة
لما بينا الا ان يملك الفرج الاخرى بملك او نكاح او تعتيق لانه لما حرم
عليه فرجها لم يبق جامعا وقوله بملك اراد به ملكين فينتظم التمليك
بسائر اسبابه بيعا او غيره وتمليك السفح فيه كتمليك الكل لان الوطي
يحرم وكذا اعتاق البعض من احديهما كاعتاق كلها وكذا الكتابة
كالاعتاق في هذا الثبوت حرمة الوطي بذلك كله وبرهن احدهما او اجارتها
وتدبيرها لا يحل الاخرى لانها لا تخرج بها عن ملكه وقوله او نكاح اراد
به النكاح الصحيح اما اذا تزوج احديهما نكاحا فاسدا لا يباح له وطي
الاخرى الا ان يدخل الزوج بها فيه لانه يجب العدة عليها والعدة كالنكاح
الصحيح في التحريم ولو وطي احديهما حل له وطي الموطوءة دون
الاخرى لانه يصير جامعا بوطي الاخرى لا بوطي الموطوءة وكل امرأتين لا
يجوز الجمع بينهما نكاحا فمملوكتاه بمنزلة الاختين ويكره ان يقبل الرجل
فم الرجل او يده او شيئا منه او يعانقه وذكر الطحاوي لم هذا قول الذي حمله
ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روي ان النبي
عليه السلام عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل بين عينيه وبهما

ما روي ان النبي عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي المعانقة وعن
المكاعمة وهي التقبيل وما رواه يحمل على ما قبل التحريم قالوا الخلاف
في المعانقة في ازار واحد اما اذا كان عليه قميص او جبة لا بأس
به بالاجماع وهو الصحيح قال ولا بأس بالمصافحة لانه هو المتوارث
وقال عليه السلام من صافح اخاه المسلم وحرك يده تناثرت ذنوبه

فصل في البيع

قال ولا بأس ببيع السرقين ويكره بيع
العذرة وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع السرقين ايضا لانه نجس العين
فشابه العذرة وجلد الميتة قبل الدباغ ولنا انه منتفع به لانه
يلقى في الاراضي لاستكثار الريع فكان مالا والمال محل البيع بخلاف
العذرة لانه منتفع به مخلوطا ويجوز بيع المخلوط وهو المروي عن محمد
رحمه الله وهو الصحيح وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط
في الصحيح والمخلوط بمنزلة ذي خالطته النجاسة قال ومن علم
جارية انها لرجل فرأى آخر يبيعها وقال وكلني صاحبها ببيعها فانه يسعه
ان يبتاعها ويطأها لانه اخبر بخبر صحيح لا منازع له وقول الواحد
في المعاملات مقبول على اي وصف كان لما مر من قبل وكذا اذا
قال اشتريتها منه او وهبها لي او تصدق بها علي لما قلنا وهذا اذا
كان ثقة وكذا اذا كان غير ثقة واكبر رأيه انه صادق لان عدالة
المخبر في المعاملات غير لازمة للحاجة على ما مر فان كان اكبر
رأيه انه كاذب لم يسع له ان يتعرض لشيء من ذلك لان اكبر الرأي
يقوم مقام اليقين وكذا اذا لم يعلم انها لفلان ولكن اخبره صاحب
اليد انها لفلان وانه وكله ببيعها او اشتراها منه والمخبر ثقة قبل
قوله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الرأي لان اخباره حجة في حقه وان لم
يخبره صاحب اليد بشيء فان كان عرفها للاول لم يشترها حتى يعلم انتقالها

الى ملك الثاني لان الاول دليل ملكه وان كان لا يعرف ذلك له ان يشتريها
وان كان ذو اليد فاسقا لان يد الفاسق دليل الملك في حق الفاسق
والعدل ولم تعارضه معارض ولم تعتبر باكبر الراي عند وجود الدليل
الظاهر الا ان يكون مثله لا ملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له ان يتنزه
مع ذلك لو اشتراها يرجى ان يكون في سعة من ذلك لاعتماده الدليل الشرعي
وان كان الذي اتاه بها عبدا او امة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسال المنزل
المملوك لا ملك له فيعلم ان الملك فيه لغيره فان اخبره ان مولاه اذن
له وهو ثقة قبله وان لم يكن ثقة يعتبر اكبر الراي وان لم يكن له راي لم
يشتريها لقيام الحاظر فلا بد من دليل ولو ان امراة اخبرها ثقة ان زوجها
الغايب مات عنها او طلقها ثلاثا او كان غير ثقة واتاها بكتاب من زوجها
بالطلاق ولا تدري انه كتابه لم له الا ان اكبر رايها انه حق يعني يجري
فلا باس بان تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار ولا ضارع وكذا لو قال
لرجل طلقني زوجي وانقضت عدتي فلا باس ان يتزوجها وكذا اذا قالت
المطلقة الثلاث انقضت عدتي وتزوجت بزوج آخر ودخل بي ثم طلقني
وانقضت عدتي فلا باس بان يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت جارية
كنت امة فلان واعتقني لان القاطع طار ولو اخبرها مخبر ان
النكاح كان فاسدا او كان الزوج حين تزوجها مرتدا او اخاها من الرضاعة
لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان او رجل وامراتان وكذا اذا اخبره
مخبر انك تزوجتها وهي مرتدة او اختك من الرضاعة لم يتزوج باختها و
اربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه اخبر بفساد متقادم والاقدام
على العقد دليل على صحته وانكار فساده فثبت المنازع بالظاهر بخلاف
ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فاخبر الزوج انها ارتضعت من امه او
اخته حيث يقبل قول الواحد فيه لان القاطع طار ولا ضارع قدام

الاول لا بد على انعدامه فلم يثبت المنازع وافترقا وعلى هذا الجرو يدور الفرق
ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي انها له فلما
كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت انا حرة لا صدلم يسعه ان يتزوجها لتحقق
المنازع وهو ذو اليد بخلاف ما تقدم قال واذا باع المسلم خمرا واخذ
ثمنها وعليه دين فانه يكره لصاحب الدين ان ياخذه وان كان البايع نصرانيا
فلا باس به والفرق ان البيع في الوجه الاول قد بطل لان الخمر ليس بمال
متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل اخذه من
البايع وفي الوجه الثاني صح البيع قال متقوم في حق الذمي فيملكه
البايع فيحل الاخذ منه قال ويكره الاحتكار في اقوات الآدميين
والبهائم اذا كان ذلك في بلد يضر الاحتكار باهله ولذلك التلقي فاما
اذا كان لا يضر فلا باس به ولا صل فيه قوله عليه السلام الجالب مرزوق
والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال
حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة
صغيرة بخلاف ما اذا كان لا يضر بان كان المصر كبيرا
لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وكذلك التلقي على التفصيل الذي
النبي عليه السلام نهى عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان والوا هذا اذا
لم يلبس المتلقي على البلد سعر البلدة فان لبس فهو مكروه في الوجهين
لانه غرر بهم وتخصيص الاحتكار بالاقوات كالحنطة والشعير والتمر
والعنب قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله كل ما اضر بالعامة
حبسه فهو احتكار وان كان ذهبا او فضة او ثوبا وعن محمد رحمه الله انه
قال الاحتكار في الثياب قال ابو يوسف اعتبر حقيقة الضرر اذ هو المؤثر في
الكراهة وابو حنيفة اعتبر الضرر المعهود المتعارف فيهم المتة اذا قصرت
لا يكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت يكون احتكارا مكروها لتحقق

الضرر لم يحل هي مقدرة بأربعين يوما لقول النبي عليه السلام من
احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله وبرئ الله منه وقيل بالشهر
لأن ما دونه قليل عاجل والشهر وما فوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع
ويقع التفاوت في المآثم بين أن يتربص الغلاء وبين أن يتربص القحط و
العياذ بالله وفعل المدة للمعاقبة في الدنيا إما يأثم وإن قلت المدة والحاصل
أن التجارة في الطعام غير محمودة قال ومن احتكر غلة ضيعته أو ما جلبه
من بلد آخر فليس بمحتكر أما الأول فلأنه خالص حقه لم يتعلق به حق العامة
ألا ترى أن له أن لا يزرع فكذلك له أن لا يبيع وأما الثاني فالمذكور قول
أبي حنيفة لأن حق العامة إنما يتعلق بما جمع في المصر وجلب إلى فنائها
وقال أبو يوسف يكره إطلاق ما روينا وقال محمد كل ما يجلب منه إلى المصر في
الغالب فهو بمنزلة فناء المصر يحرم الاحتكار فيه لتعلق حق العامة به
بخلاف ما إذا كان البلد بعيدا لم يجر العادة بالجلب منه إلى المصر لأنه لم
يتعلق به حق العامة قال ولا ينبغي للسلطان أن يسعر على الناس لقوله
عليه السلام لا تسعروا فإن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق
ولأن الثمن حق العاقد فإليه تقديره فلا ينبغي للإمام أن يتعرض لحقه إلا
إذا تعلق به دفع ضرر العامة على ما نبين وإذا رفع إلى القاضي هذا
الأمر يأمر المحتكر ببيع ما فضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة في ذلك
وينهاه عن الاحتكار فإن رفع إليه مرة أخرى حبسه وعزره على ما يرى زجرا
له ودفعا للضرر عن الناس فإن كان أرباب الطعام يتحكمون ويتعدون
عن القيمة تعديا فاحشا وعجز القاضي عن صيانة حقوق المسلمين إلا
بالتسعير يحتسب لا بأس به بمشورة من أهل الرأي والبصر فإذا فعل
ذلك وتعدى رجل عن ذلك وباع بأكثر منه أجاز القاضي فهو طاهر
عند أبي حنيفة رحمه الله لأنه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما إلا أن يكون الحجر على قوم

باعيانهم ومن باع منهم بما قدره الإمام صح لأنه غير مكره على البيع وهل
يبيع القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه فعلى اختلاف عرف في
بيع مال المديون وقيل يبيع بالاتفاق لأن أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع
ضرر علم وهذا كذلك قال ويكره بيع السلاح في أيام الفتنة معناه
ممن يعرف أنه من أهل الفتنة لأنه تسبب إلى المعصية وقد نهينا في التعاون
وإن كان لا يعرف أنه من أهل الفتنة لا بأس بذلك لأنه يحتمل أن لا يستعمله
في الفتنة فلا يكره بالشك قال ولا بأس ببيع العصير ممن يعلم أنه يتخذه خمرا
لأن المعصية لا تقام بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح في أيام الفتنة
لأن المعصية تقوم بعينه قال ومن استأجر بيتا ليتخذ فيه بيت نار
أو كنيسة أو بيعة أو باع فيه الخمر بالسواد فلا بأس به وهذا عند أبي
حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغي أن يكريه بشيء من ذلك لأنه إعانة على المعصية
وله أن الإجارة ترد على منفعة البيت ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم
ولا معصية فيه إنما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه فينقطع
نسبته عنه وإنما قيده بالسواد لأنهم لا يتمكنون من اتخاذ البيع والكنائس
وإظهار بيع الخمور والخنازير في الأمصار لظهور شعائر الإسلام فيها
بخلاف السواد قالوا هذا كان في سواد الكوفة لأن غالب أهلها أهل الذمة
فأما في سوادنا فأعلام الإسلام فيها ظاهرة فلا يتمكنون فيها أيضا وهو
الأصح قال ومن حمل لذمي خمرا فإنه يطيب له الأجر عند أبي حنيفة رحمه الله
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يكره له ذلك لأنه إعانة على المعصية
وقد صح أن النبي عليه السلام لعن في الخمر عشرا حاملها والمحمول إليه وله أن
في شربها وهو فعل واحد مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل ولا يتقصد
به والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية قال ولا بأس
ببناء بيوت مكة ويكره بيع أرضها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا بأس

بيع أرضها أيضا وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لأنها مملوكة لهم لظهور
الاختصاص المتبرعين بها فصار كالبناء وله أن أبي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
مكة حرام لا تباع رباعها ولا تؤجر ولأنها حرة مجترمة لأنها فناء الكعبة
وقد ظهر أثر التعظيم فيها حتى لا ينفر صيدها ولا يختلى خلاها ولا
يعضد شوكها فكذا في حق البيع بخلاف البناء لأنه خالص ملك الباني ويكره
إجارتها أيضا لقوله عليه السلام من آجر بيوت مكة فكأنما أكل الربا والمراد أن
تسمى السوائب على عهد رسول الله عليه السلام من احتاج إليها يسكنها ومن
استغنى عنها أسكن غيره ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه سبانخ
له ذلك لأنه ملكه قرضا وجره نفعا وهو أن يأخذ به شيئا فشيئا إلا في الأول
رسول الله عليه السلام من قرض جر نفعا وينبغي أن يستودعه ثم يأخذ ما شاء
جزاء لأنه وديعة وليس بقرض حتى لو هلك لا شيء على الآخذ مسائل
متفرقة قال ويكره التعشير والنقط في المصحف لقول ابن مسعود
رضي الله عنه جردوا القرآن ويروى جردوا المصاحف وفي التعشير
والنقط ترك التجريد ولأن التعشير كخط الآي والنقط كخط
الإعراب اتكالا عليه فيكره كما لو اتكل في زماننا لا بد المعجم من دلالة فتوك ذلك
إخلال بالحفظ وهجران القرآن فيكون حسنا قال ولا بأس بتحلية المصحف
لما فيه من تعظيمه وصار كنقش المسجد وتزيينه بماء الذهب وقد ورد حسنه
ذكرناه من قبل قال ولا بأس بأن يدخل أهل الذمة المسجد الحرام وقال
الشافعي رحمه الله يكره ذلك وقال مالك يكره في كل مسجد للشافعي رحمه الله
قوله تعالى إنما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولأن
الكافر لا يخلو عن جنابة لأنه لا يغتسل اغتسالا يخرجه عنها والجنب
يجتنب المسجد وهذا يخرج مالك رحمه الله والتعليل بالنجاسة لهم فيعتبر
المساجد كلها ولنا ما روي أن النبي عليه السلام أنزل وفد ثقيف في مسجده

وهم كفار ولأن الخبث في اعتقادهم فلا يؤدي إلى تلويث المسجد والآية محمولة
على الحضور استيلاء واستعلاء أو طائفين عراة كما كانت عادتهم في
الجاهلية قال ويكره استخدام الخصيان لأن الرغبة في استخدامهم
حث الناس على هذا الصنيع وهو مثلة يحرمه قال ولا بأس بخصاء
البهائم وإنزاء الحمير على الخيل لأن في الأول منفعة البهيمة والناس
وقد صح أن النبي عليه السلام ركب البغلة ولو كان هذا الفعل حراما لما ركبه
لما فيه من فتح بابه قال ولا بأس بعيادة اليهودي والنصراني لأنه
نوع بر في حقهم وما نهينا عن ذلك وقد صح أن النبي عليه السلام عاد
يهوديا مرض بجواره قال ويكره أن يقول الرجل في دعائه أسألك بمعقد
العز من عرشك وللهما له عبادتان هذه ومعقد العز ولا رب في
كراهية الثانية لأنه من العقود وكذا الأولى لأنه يوهم تعلق عزه
بالعرش وهو محدث والله تعالى بجميع صفاته قديم وعن أبي يوسف
رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لأنه مأثور عن النبي
عليه السلام روي أنه كان من دعائه اللهم إني أسألك بمعقد العز من عرشك
ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك
التامة ولكنا نقول هذا خبر واحد فكان الاحتياط في الامتناع ويكره
أن يقول في دعائه بحق فلان أو بحق أنبيائك ورسلك لأنه لا حق للمخلوق
على الخالق قال ويكره اللعب بالشطرنج والنرد والأربعة عشر
وكل لهو لأنه إن قامر بها فالمقامر حرام بالنص وهو اسم لكل قمار
وإن لم يقامر فهو عبث ولهو قال عليه السلام لهو المؤمن باطل إلا في ثلاث
تأديبه لفرسه ومناضلته عن قوسه وملاعبته مع أهله وقال عمر
الناس يتركون اللعب بالشطرنج لما فيه من تشحيذ الخواطر وتزكية الأفهام
وهو يجلي عن الشافعي رحمه الله ولنا قوله عليه السلام من لعب بالشطرنج

والنرد شير فكانما غمس يده في لحم الخنزير ولانه نوع لعب يصد
عن ذكر الله وعن الجمع والجماعات فيكون حراما لقوله عليه السلام
ما الهاك عن ذكر الله فهو ميسر ثم ان قامر به يسقط عدالته و
ان لم يقامر لا يسقط لانه متاول فيه وكره ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
التسليم عليهم تحذيرا لهم ولم ير ابو حنيفة رحمه الله بذلك باسا لشغلهم
عما هم فيه قال ولا باس بقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته و
استعارة دابته ويكره كسوته الثوب وهديته الدراهم والدنانير
وهذا استحسان وفي القياس كل ذلك باطل لانه تبرع والعبد ليس
من اهله وجه الاستحسان ان النبي عليه السلام قبل هدية سلمان حين كان
عبدا وقبل هدية بريرة رضي الله عنها وكانت مكاتبة واجاب دعوة
الصحابة رضي الله عنهم دعوة مولى ابي اسيد وكان عبدا ولان
في هذه الاشياء ضرورة لا يجد التاجر بدا منها ومن ملك شيئا ملك ما هو
من ضروراته ولا ضرورة في الكسوة واهداء الدراهم فبقي على اصل القياس
قال ومن كان في يده لقيط لا اب له فانه يجوز قبضه الهبة والصدقة
واصل هذا ان التصرف على الصغار انواع ثلاثة نوع هو من باب الولاية
لا يملكه الا من هو ولي كالانكاح والشراء والبيع لاموال القنية لان الولي
هو الذي قام مقامه بانابة الشرع ونوع آخر ما كان من ضرورة جمال
الصغار وهو شراء ما لا بد للصغير منه وبيعه واجارة الصغار وذلك
جائز ممن يعوله وينفق عليه كالاخ والعم والام والملتقط اذا كان في حجرهم
واذا ملك هؤلاء هذا النوع فالولي اولى به الا انه لا يشترط في
حق الولي ان يكون الصبي في حجره ونوع ثالث ما هو نفع محض كقبول
الهبة والصدقة والقبض فهذا يملكه الملتقط والاخ والعم والصبي
بنفسه اذا كان يعقل لان اللائق بالحكمة فتح باب مثله نظرا للصبي

فيملك بالعقل والولاية والحجر وصار بمنزلة الانفاق قال ولا يجوز
للملتقط ان يؤجره ويجوز للام ان تؤجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز
للعم لان الام تملك اتلاف منافعه باستخدامه ولا كذلك الملتقط والعم
ولو آجر الصبي نفسه لا يجوز لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل
لان عنده لا يتمحض نفعا فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور يؤاجر نفسه
وقد ذكرناه قال ويكره ان يجعل الرجل في عنق عبده الراية ويروى
الرايه وهو الطوق الحديد الذي يمنعه من ان يتحول رايته وهو
معنى بين الظلمة لانه عقوبة اهل النار فيكره كالاجراق بالنار قال عليه السلام لا تعذبوا
بعذاب الله ويكره ان يقيد لانه سنة المسلمين في السفهاء واهل الزعارة فلا يكره في
العبد تحرزا من اباقه وصيانة لماله قال ولا باس بالحقنة يريد به
التداوي لان التداوي مباح بالاجماع وقد ورد باباحته الحديث
ولا فرق بين الرجال والنساء الا انه لا ينبغي ان يستعمل المحرم كالخمر
ونحوها لان الاستشفاء بالمحرم حرام قال ولا باس برزق القاضي لانه
عليه السلام بعث عتاب بن اسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا
رضي الله عنه الى اليمن وفرض له ولانه محبوس لحق المسلمين فيكون
نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان الجند من اسباب النفقة
كما في الوصي والمضارب اذا سافر بمال المضاربة وهذا فيما يكون كفاية
فان كان شرطا فهو حرام لانه استحقاق على الطاعة اذ القضاء طاعة بل
هو افضلها ثم القاضي اذا كان فقيرا فالافضل بل الواجب الاخذ لانه
لا يمكنه اقامة فرض القضاء الا به اذ الاستعانة بالكسب تفوت عن اقامته
وان كان غنيا فالافضل الامتناع على ما قيل رفقا ببيت المال وقيل الاخذ وهو الصحيح صيانة للقضاء عن الهوان ونظرا لمن
يؤاخذه من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر اعانته ثم تسميته

رزقا يدل على انه يقدر الكفاية وقد جرى الرسم باعطائه في اول السنة لان
الخراج يوخذ في اول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا الخراج يوخذ في آخر
السنة والماخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح ولو تزوج في
رزق سنة وعزل قبل استكمالها قيل هو على اختلاف معروف في نفقة المراة
اذا بانت في السنة بعد استيفاء السنة والاصح انه يجب بالبر قال ولا
باس بان تسافر الامة وام الولد بغير محرم لان الاجانب في حق الاماء فيما
يرجع الى النظر والمس بمنزلة المحارم على ما ذكرنا من قبل وام الولد امة
لقيام الملك فيها وان امتنع بيعها

كتاب احياء الموات

الموات ما لا ينتفع به من الاراضي
لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة
فشيء من ذلك يبطلان الانتفاع به قال فما كان منها عاديا لا مالك له او
كان مملوكا في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية
بحيث اذا وقف انسان من فنائها العامر فصاح لا يسمع الصوت فهو
موات قال رضي الله عنه هكذا ذكره القدوري ومعنى ما قدم خرابه و
المروي عن محمد رحمه الله انه يشترط ان لا يكون مملوكا لمسلم او ذمي مع
انقطاع الارتفاق بها ليكون مباحا مطلقا اما التي هي مملوكة
لمسلم او ذمي لا موات او اذا لم يعرف مالكه يكون لجماعة المسلمين
ولو ظهر له مالك يرد عليه ويضمن الزارع نقصانها والبعد عن
القرية على ما قال شرطه ابو يوسف رحمه الله لان الظاهر ان ما يكون
قريبا من القرية لا ينقطع ارتفاق اهلها عنه فيدار الحكم عليه ومحمد
رحمه الله اعتبر انقطاع ارتفاق اهل القرية عنها حقيقة وان كان
قريبا من القرية كذا ذكره الامام المعروف بخواهر زاده وسمس الائمة
السرخسي رحمه الله اعتمد على ما اختاره ابو يوسف ثم من احياه باذن الامام

ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه
لقوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي له ولانه مال مباح سبقت
يده اليه فيملكه كالحطب والصيد ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه السلام
ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه وما رواه يحتمل انه اذن لقوم
لانصب الشرع ولانه مغنوم لوصوله الى يد المسلمين بايجاف الخيل والركاب
فليس لاحد ان يختص به بدون اذن الامام كما في سائر الغنائم وبحرمه
العشر لان ابتداء توظيف الخراج على المسلم لا يجوز الا اذا سقاه
بماء الخراج لانه حينئذ يكون ابقاء الخراج على اعتبار الماء فلو احياها
ثم تركها فزرعها غيره فقد قيل الثاني احق بها لان الاول ملك استغلال
لا رقبتها فاذا تركها كان الثاني احق بها والاصح ان الاول ينزعها
من الثاني لانه ملكها بالاحياء على ما نطق به الحديث اذ الاضافة
فيه بلام التمليك وملكه لا يزول بالترك ومن احيا ارضا ميتة
ثم اخاط الاحياء بجوانبها الاربعة من اربعة نفر على التعاقب فعن محمد
ان طريق الاول في الارض الرابعة لتعينها للطرق وقصد الرابع
ابطال حقه وان ملكه الذمي بالاحياء كما ملكه المسلم لان الاحياء
سبب الملك الا ان عند ابي حنيفة رحمه الله اذن الامام من شرطه
فيه كما في سائر اسباب الملك حتى الاستيلاء على اصلنا قال ومن حجر ارضا
ولم يعمرها ثلث سنين اخذها الامام ودفعها الى غيره لان الدفع
كان الى الاول ليعمرها فيحصل المنفعة للمسلمين من حيث العشر و
الخراج فاذا لم يحصل يدفعها الى غيره تحصيلا للمقصود ولا تاثير
التحجير ليس باحياء ليملك به لان الاحياء انما هو العمارة و
التحجير لاعلام يسمى به لانهم كانوا يعلمونه بوضع الاحجار حوله
او يسمونه حجرا عبروا عن احيائه فبقي غير مملوك كما كان هو الصحيح

وانما تركت ثلث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق
ولانه اذا اعطاه لا بد من زمان يرجع فيه الى وطنه وزمان يمضي اجوده
فيه ثم زمان يرجع الى المحجرة وقدرناه بثلث سنين لان ما جاوزها
من الساعات والايام والشهور لا يبقى بتركه واذا لم يحضر بعد
انقضائها والظاهر انه تركها قالوا هذا كله ديانة واما اذا احياها
غيره قبل مضي هذه المدة ملكها لتحقق الاحياء منه دون الاول وصار
كالاستيام فانه يكره ولو فعل هذا العفو ثم التحجير قد يكون بغير
الجدران بان يجعل لها اغصانا يابسة او نقي الارض واحرق ما فيها
من الشوك او جمع ما فيها من الحشيش او الشوك وجعلها حولها
وجعل التراب عليها من غير ان يقيم المسناة ليمنع الناس من الدخول
او حفر من بئر دراعا او دراعين وفي الاخيرة ورد الخبر ولو
كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل احدهما
يكون تحجيرا ولو حفر انهارها ولم يسقها يكون تحجيرا وان سقاها
مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حفر طرقها وسنها
بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بنى رحاها
قال ولا يجوز احياء ما قرب الى العامر ويترك مرعى لاهل القرية
ومطرحا لحصائدهم لتحقق حاجتهم اليها حقيقة او دليلا
لما بيناه ولا يكون مواتا لتعلق حقهم بها كمنزل الطريق والنهر وعلى
هذا قالوا لا يجوز ان يقطع الامام ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح
والآبار التي يستقي الناس منها لما ذكرنا قال ومن حفر بئرا في موات
فله حريمها ومعناه اذا حفر في ارض موات باذن الامام عنده او
باذنه وبغير اذنه عندهما لان حفر البئر احياء قال وان كانت للعطن
حريمها اربعون ذراعا لقوله عليه السلام من حفر بئرا فله ما حولها

اربعون ذراعا عطنا لماشيته ثم قيل الاربعون من كل الجوانب والصحيح
انه من كل جانب لان في الاراضي رخوة وتحول الماء الى ما حفر دونها وان
كانت للناضح حريمها ستون ذراعا وهذا عندهما وعند ابي حنيفة اربعون
ذراعا لهما قوله عليه السلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر
العطن اربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولانه
يحتاج فيه الى ان تستريح دابته للاستقاء وقد تطول الرشاء وبئر العطن
للاستقاء منها بيده وقلت الحاجة فلا بد من التفاوت ولابي حنيفة ما روياه
من غير فصل والعام المتفق على قبوله والعمل به اولى عنده من الخاص
المختلف في قبوله والعمل به ولان القياس يأبى استحقاق الحريم لان عليه
في موضع الحفر والاستحقاق فيما تفوق عليه الحدثان تركناه
وفيما تعارضا فيه حفظناه ولانه قد يستقي من العطن بالناضح ومن
الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ويمكنه ان يدير البعير حول البئر
فلا يحتاج فيه الى زيادة مسافة قال وان كانت عينا فحريمها خمسمائة ذراع
لما روينا ولان الحاجة فيه الى زيادة مسافة لان العين تستخرج للزراعة
فلا بد من موضع يجري فيه الماء ومن حوض يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري
فيه الماء الى الزراعة فلهذا يقدر بالزيادة والتقدير بخمسمائة بالتوقيف
والاصح انه خمسمائة ذراع من كل جانب كما ذكرنا في العطن والذراع
هو المكسرة وقد بيناه من قبل وقيل ان التقدير في العين والبئر بما
ذكرناه في اراضيهم لصلابته وفي ارض عينا رخاوة فيزاد كيلا تحول
الماء الى الثاني فيعطل الاول قال وليس له ان يحفر في حريمها منعا
كيلا يؤدي الى تفويت حقه والاخلال به وهذا لانه بالحفر ملك الجريم بحرزه
تمكنه من الانتفاع به فليس لغيره ان يتصرف في ملكه فان احتفر آخر بئرا
في حريم الاولى للاول ان يصلحه ويكبسه تبرعا ولو اراد اخذ النابي

فيه فعل باخذه بكبسه لان ازالة جنايته حفره به كما في الكتاب ليلقيها في
دار غيره فانه يوخذ برفعها وفعل تضمنه النقصان لم يكبسه بنفسه
كما اذا هدم جدار غيره وهذا هو الصحيح ذكره في ادب القاضي
للخصاف وذكر طريق معرفة النقصان وما عطف في الاولى فلا
ضمان عليه لانه غير متعد ان كان باذن الامام وكذا اذا كان
بغير اذنه عند ابي حنيفة رحمه الله انه يجعل الحفر تحجيرا او
سبيل من غير اذن الامام وان كان له ملكه بدونه وما عطف في الثانية
ففيه الضمان لانه متعد فيه حيث حفر في ملك غيره وان حفر الثاني بيرا او
رآه جرم الاول فذهب ماء بيره الاولى فلا شيء عليه لانه غير متعد في حفرها
وللثاني الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الحافر
الاول فيه والقناة له حريم بقدر ما تصلحه وعن محمد رحمه الله انه لمنزله
البير في استحقاق الحريم وفعل هو عندهما وعند ابي حنيفة لا حريم لها ما لم
الماء لانه نهر في العمق فيعتبر بالنهر الظاهر قالوا وعند ظهور الماء
على الارض وهو لمنزله عين فوارة فيقدر حريمه بحمسمائة ذراع والشجرة
تغرس في ارض مواتا لها حريم ايضا حتى لم يكن لغيره ان يغرس شجرا
في حريمها لانه يحتاج الى حريم له لتجد فيه لمثرة وتضعه فيه وهو مقدر
بخمسة اذرع به ورد الحديث قال وما تولد الفرات والدجلة
وعرف عنه يجوز عوده اليه لم يجز احياؤه لحاجة القاعة الى
كونه نهرا وان كان لا يجوز ان يعود اليه فهو كالموات اذا لم يكن حريما
لعامر لانه ليس في ملك احد لان قهر الماء بدفع قهر غيره وهو اليد
في يد الامام قال ومن كان له نهر في ارض غيره فليس له حريم عند ابي
حنيفة رحمه الله الا ان يقيم بينة على ذلك وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
له مسناة النهر يمشي عليها ويلقي عليها طينه فعلى هذه المسئلة اذا على

على ان من احيا نهرا في ارض موات باذن الامام لا يستحق الحريم عنده
وعندهما يستحقه لان النهر لا ينتفع به الا بالحريم لحاجته الى المشي لتسييل
الماء ولا يمكنه علاقة في بطن النهر والى القاء الطين ولا يمكنه النقل
الى مكان بعيد الا بحرج فيكون له الحريم اعتبارا بالبير وله ان القياس
يأباه على ما ذكرناه وفي البير عرفناه بالاثر والحاجة الى الحريم فيه فوقها
الى النهر لان الانتفاع بالماء في النهر يمكن بدون الحريم ولا يمكن في البير
الا بالاستقاء ولا استقاء الا بالحريم فتعذر الالحاق ووجه البناء ان
باستحقاق الحريم تثبت اليد عليه اعتبارا تبعا للنهر والقول لصاحب اليد
وبعدم استحقاقه تنعدم اليد والظاهر يشهد لصاحب الارض على ما
نذكره ان شاء الله تعالى وان كانت مسئلة مبتداة فلهما ان الحريم في يد
صاحب النهر باستمساكه الماء به ولهذا لا يملك صاحب الارض نقضه
وله انه اسنده الى الارض صورة ومعنى صورة لاستوائهما ومعنى من حيث
صلاحيته للغرس والزراعة والظاهر شاهد لمن في يده ما هو اشبه به
كما شبر نازعا في مصراع باب ليس في يدهما والمصراع الآخر معلق على باب
احدهما يقضى للذي في يده ما اشبه بالمتنازع فيه والقضاء في موضع النزاع
قضاء ترك ولا نزاع فيما به استمساك الماء انما النزاع فيما وراءه مما يصلح
للغرس على انه ان كان مستمسكا به ماء نهره فالآخر دافع به الماء عن ارضه
والمانع من نقضه تعلق حق صاحب النهر لا ملكه كالحائط لرجل ولآخر
عليه جذوع لا يتمكن من نقضه وان كان ملكه وفي الجامع الصغير نهر لرجل
الى جنبه مسناة ولآخر خلف المسناة ارض تلزقها وليست المسناة في يد احدهما
فهي لصاحب الارض عند ابي حنيفة رحمه الله قالا لصاحب النهر حريما يلقي طينه
وغير ذلك وقوله ليست المسناة في يد احدهما معناه ليس لاحدهما عليه غرس
ولا بناء فيكتفى بهذا اللفظ موضع الخلاف اما اذا كان لاحدهما

عليه ذلك فصاحب الشفة اولى لانه صاحب يد ولو كان عليه غرس لم يترك
من غرسه وهو من مواضع الخلاف ايضا وثمرة الاختلاف لزوم ولاية الغرس
لصاحب الارض عنده وعندهما لصاحب النهر واما القاء الطين فقد قيل انه
على الخلاف وقيل ان لصاحب النهر ذلك ما لم يفحش واما المرور فقد قيل
يمنع صاحب النهر عنده وقيل لا يمنع للضرورة وقال الفقيه ابو جعفر رحمه الله
آخذا بقوله في الغرس وبقولهما في القاء الطين ثم عن ابي يوسف رحمه الله ان
حريمه مقدار نصف بطن النهر من كل جانب وعن محمد رحمه الله مقدار بطن النهر
من كل جانب وهذا ارفق بالناس

فصل في مسائل النهر

الدين اهل النهر

فصل في المياه

واذا كان لرجل نهر او بئر او قناة فليس له ان يمنع
شيئا من الشفة والشفة الشرب لبني آدم والبهائم ثم اعلم ان المياه انواع
منها ماء البحار وللكل واحد من الناس فيها حق الشفة وسقي الاراضي حتى ان
من اراد ان يكري نهرا منها الى ارضه لم يمنع من ذلك ومنها الانتفاع
بماء البحر كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء فلا يمنع من الانتفاع به على
اي وجه شاء والثاني ماء الاودية العظام كجيحون وسيحون ودجلة
والفرات للناس فيها حق الشفة على الاطلاق وحق سقي الاراضي بالاحياء
واحد اي جميع الاهوال الخلاف خوض اذا ذلك ماء حيث لصاحب
واحد ارضا ميتة وكرى منه نهرا ليسقيها ان كان لا يضر بالعامة ولا يكون
النهر في ملك احد جاز لانها مباحة في الاصل اذ قهر الماء لدفع قهر غيره
وان كان يضر بالعامة فليس له ذلك لان دفع الضرر عنهم واجب وذلك في
ان يميل الماء الى هذا الجانب اذا انكسر ضفته فيغرق القرى والاراضي
وعلى هذا نصب الرحى عليه لان شق النهر للرحى كشفة للسقي والثالث
اذا دخل الماء في المقاسم فحق الشفة ثابت في الاصل فيه قوله عليه السلام
الناس شركاء في ثلاث في الماء والكلاء والنار وانه يشتغل بالشرب والشرب
خرج من الاول وبقي الثاني وهو الشفة ولان البئر ونحوها ماء
بعد الارض ومقصود الى ريه

ولا يملك المباح بدونه كالظبي اذا تكسر في ارضه ولان في ابقاء الشفة
ضرورة لان الانسان لا يمكنه استصحاب الماء الى كل مكان وهو محتاج
اليه لنفسه ودوابه فلو منع منه افضى الى حرج عظيم وان
اراد رجل ان يسقي بذلك ارضا اجنبية كان لاهل النهر ان يمنعوه عنه
اضر بهم او لم يضر لانه حق خاص لهم ولا ضرورة ولانا لو ابحنا
ذلك لانقطع منفعة الشرب والرابع الماء المحرز في الاواني
وانه صار مملوكا بالاحراز وانقطع حق غيره عنه كما في الصيد
الماخوذ الا انه بقيت فيه شبهة الشركة نظرا الى الدليل وهو ما
روينا حتى من قهر انسانا في موضع يعز وجوده وهو يتاوى ظمآنا لم
تقطع يده ولو كان في البيد والبعيد او الحوض او النهر في ملك رجل
له ان يمنع من يريد الشفة من الدخول في ملكه اذا كان يجد ماء آخر
بقرب من هذا الماء في غير ملك احد وان لا يجده فقال لصاحب
النهر اما ان تعطيه الشفة او تترك حتى ياخذ بنفسه لسطان
لا يكسر ضفته وهذا عن الطحاوي رحمه الله وقيل ما قاله صحيح فيما
اذا احتفر في ارض مملوكة اما اذا احتفرها في ارض موات ليس
له ان يمنعه لان الموات كان مشتركا والحفر لاحياء حق مشترك فلا ينقطع
الشركة في الشفة ولو منعه عن ذلك وهو يخاف على نفسه وخلفه
العطش له ان يقاتله بالسلاح لانه قصد اتلافه بمنع حقه وهو الشفة
والماء في البئر مباح غير مملوك بخلاف المحرز في الاناء حيث يقاتله
بغير السلاح لانه قد ملكه وكذا الطعام عند اصابة المخمصة
وقيل في البئر ونحوها الاولى ان يقاتله بغير سلاح بعضا لانه
[illegible] مصيبة فقام ذلك مقام التعزير له والشفة اذا كان
باي ماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد من الابل والمواشي

كثيرة ينقطع الماء بشربها فصار كالمياومة وهو سبيل في قسمة الشرب وقيل له ان يمنع اعتبارا
بسقي المزارع والمشاجر والجامع تفويت حقه ولهم ان ياخذوا الماء
للوضوء وغسل الثياب في الصحيح لان الامر بالوضوء والغسل فيكما
قيل يؤدي الى الحرج وهو مدفوع وان اراد ان يسقي شجرا او خضرا في
داره جاز لانه لا يجوز له ذلك في الاصح لان الناس يتوسعون فيه ويتعرفون
المنع من الدناءة وليس له ان يسقي ارضه وبقلته وشجره من نهر
هذا الرجل وبئره وقناته الا باذنه نصا وله ان يمنع من ذلك لان الماء
متى دخل في المقاسم انقطع شركة الشرب بواحد من الشركاء لانه يتعلق بانقائه قطع
شرب صاحبه ولان للمسيل حق صاحب النهر والضفة تعلق بها حقه
فلا يمكنه التسييل فيه ولا شق الضفة فان اذن له صاحبه في ذلك
او اعاره فلا باس به لانه حقه ويجري فيه الاباحة كالماء المجموع في اناء
فصل في اجراء الانهار الانهار ثلاثة نهر غير مملوك لاحد ولم
يدخل ماؤه في المقاسم بعد كالفرات ونحوه ونهر مملوك دخل ماؤه في القسمة وهو خاص والغاصب
بينهما استحقاق الضفة به وعليه والاول كبيت على السلطان من بيت
مال المسلمين ان يمنعه الكرى لهم فيكون مؤنته عليهم ويصرف اليه من
مؤنة الخراج والجزية دون العشر والصدقات لان الثاني للفقراء والاول
للنواب فان لم يكن في بيت المال شيء فالامام يجبر الناس على كريه اجباء لمصلحة
العامة اذ هم لا يقومون بانفسهم وفي مثله قال عمر رضي الله عنه لو تركتم
لبعتم اولادكم الا ان يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير
الذين لا يطيقونه بانفسهم واما الثاني فكريه على اهله لان
المال لان الحق لهم والمنفعة تعود اليهم على الخصوص وهو خاص

ومن ابى منهم يجبر على كريه دفعا للضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء و
ضرر الآبي خاص ويقابله عوض فلا يعارض به ولو اراد ان يحصنوه
خيفة الانشقاق فيه ضرر عام كغرق الاراضي وفساد الطرق يجبر الآبي ولا
فلان له موهوم بخلاف الكري لانه معلوم واما الثالث وهو الخاص من كل
وجه فكريه على اهله لما بينا ثم قيل يجبر الآبي كالاول والثاني وقيل لا يجبر لان
لا يكل واحد من الضرر الخاص ويمكن دفعه عنهم بالرجوع على الآبي بما
انفقوا فيه اذا كان بامر القاضي واسنوت الجنبتان بخلاف ما تقدم وقيل
جبر لحق الشفة كما اذا امتنعوا جميعا ومؤنة كري النهر المشترك عليهم
من اعلاه فاذا جاوزوا ارض رجل رفع عنه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا هي عليهم جميعا من اوله الى آخره بحصص الشرب والارضين
لصاحب الارض على حقاف الاسفل لاحتياجه الى تسييلها فضل من الماء فيه
وله ان المقصد من الكري الانتفاع بالسقي وقد حصل لصاحب الاعلى فلا
يلزمه انتفاع غيره وليس على صاحب المسيل عمارته كما اذا كان له مسيل
على سطح غيره كيف وانه يمكنه دفع الماء عن ارضه بسدة من اعلاه ثم
انما يرفع عنه اذا جاوز ارضه كما ذكرنا وقيل اذا جاوز فوهة نهره
وهو مروي عن محمد رحمه الله والاول اصح لان له رايا في الحال الفوهة
من اعلاه واسفله واذا جاوز الكري ارضه حتى سقط عنه مؤنته
قيل له ان يفتح الماء ليسقي ارضه لانتهاء الكري في حقه وقيل ليس له
ذلك حتى ما لم يفرغ شركاؤه نفيا لاحتياجه وليس على اهل
الشفة من الكري شيء لانهم لا يحصون ولانهم اتباع فصل
في الدعوى والاختلاف والتصرف فيه ويصح دعوى الشرب بغير ارض
استحسانا لانه يملك بدون الارض ارثا وقد يبيع الارض ويبقى الشرب له وهو
شرب فيه فيصح فيه الدعوى واذا كان نهر لرجل يجري في ارض غيره فاراد

صاحب الارض ان لا يجري النهر في ارضه ترك على حاله لا مستعملا له باجراء مائه فيه
الاختلاف يكون القول قوله فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فعليه البينة ان هذا النهر
له او انه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى ارضه ليسقيها يقضي له لاثباته بالحجة
ملكا له او حقا مستحقا فيه وعلى هذا المصب نهرا وعلى سطح او الميزاب او المشاة
في دار غيره يحكم الاختلاف فيها نظيره في الشرب اذا كان نهر بين قوم واختصموا
في الشرب كان الشرب بينهم على قدر اراضيهم لان المقصود هو الانتفاع بعينها
فيقدر بقدره بخلاف الطريق لان المقصود التطرق وهو في البلد الواسعة و
على نهر واحد فان كان الماء على منهم لا يشرب حتى يسكر النهر لم يكن له ذلك لما فيه من
ابطال حق الباقين ولكنه يشرب بحصته فان تراضوا على ان يسكروا على النهر
حتى يشرب بحصته او اصطلحوا على ان يسكر كل رجل منهم في نوبته جاز لان الحق
لهم الا انه اذا امكن من ذلك بلوح لا يسكر ما ينكبس به النهر من غير تراض
لكونه اضرارا بهم وليس لاحدهم ان يكري منه نهرا او ينصب عليه رحى ماء الا برضا
اصحابه لان فيه كسر ضفة النهر وشغل موضع مشترك بالبناء الا ان يكون رحى لا تضر
بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في ارض صاحبها لانه تصرف في ملك نفسه
فلا ضرر في حق غيره ومعنى الضرر بالنهر ما بيناه من كسر ضفته وبالماء ان يتغير عن
سننه الذي كان يجري عليه والبناء يظهر الرحى ولا يتخذ عليه جسرا او لا
قنطرة لنزوله طريق خاص من قوم بخلاف ما اذا كان لواحد نهر خاص يأخذ من نهر
خاص من قوم فاراد ان يقنطر عليه ويستوثق منه له ذلك او كان يقنطر امتوثقا
فاراد ان ينقض ذلك ولا يزيد ذلك في اخذ الماء حيث يكون له ذلك لانه تصرف في
خالص ملكه وضعا ورفعا ولا ضرر بالشركاء باخذ زيادة الماء ويمنع من ان يوسع
فم النهر لانه يكسر ضفة النهر وهو يزيد على مقدار حقه في اخذ الماء وكذا اذا كانت
القسمة بالكوى وكذا اذا اراد ان يؤخر ما عن فم النهر فيجعله في الوسط اذ ربما
يحتبس الماء فيه فيزداد دخول الماء بخلاف ما اذا اراد ان يسفل كوة او يرفعها

حيث

حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها
من غير اعتبار التسفل والترفع هو العادة فلم يكن فيه تغيير موضع القسمة
ولو كانت القسمة وقعت بالكوى فاراد احدهم ان يقسم بالايام ليس له ذلك
لان القديم يترك على قدمه لظهور الحق فيه ولو كان لكل منهم كوى مسماة في نهر
خاص ليس لواحد ان يزيد كوة وان كان لا يضر باهله لان الشركة خاصة بخلاف
ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل منهم ان يشق نهرا منه ابتداء فكان له
ان يزيد في الكوى بطريق الاولى وليس لاحد الشركاء في النهر ان يسوق شربه الى
ارض اخرى ليس لها في ذلك شرب لانه اذا تقادم العهد تستدل به على انه
حقه وكذا اذا اراد ان يسوق شربه الى ارضه الاولى حتى ينتهي الى هذه الارض
الاخرى لانه يستوفي زيادة على حقه اذا الارض الاولى تشفت بعض الماء قبل ان يصل
الاخرى وهو نظير طريق مشترك اراد احدهم ان يفتح فيه بابا الى دار اخرى
ساكنها غير ساكن هذه الدار التي مفتحها في هذا الطريق ولو اراد الاعلى
من الشريكين في النهر الخاص وفيه كوى بينهما ان يسد بعضها دفعا لفيض الماء
عن ارضه كيلا تتلف ليس له ذلك لما فيه من الضرر بالآخر وكذا اذا اراد ان
يقسم النهر بينهما نصفين لان القسمة بالكوى قد مضت الا ان يتراضيا
الحق لهما وبعد التراضي لصاحب الاسفل ان ينقض ذلك وكذا لورثته بعده
لانه اعارة الشرب فان عاد له الشرب بالسرب باطلة والشرب مما يورث ويوصى
بالانتفاع بعينه بخلاف البيع والصدقة والهبة والوصية بذلك حيث يجوز
العقود اما للجهالة او للغرر لانه ليس بمال متقوم حتى لا يضمن اذا سقى مشرب
غيره واذا بطلت العقود فالوصية بالباطل باطلة كذا لا يصح مسمى في النكاح
حتى يجب مهر المثل ولا في الخلع حتى يجب ما قبضت من الصداق لتفاحش
الجهالة ولا صلح بدل الصلح عن الدعوى لانه لا ملك بشيء من العقود ولا يباع
الشرب دين صاحبه بعد موته بدون ارضه كما في حيوته وكيف يصنع الامام

الاصح ان يضم الى ارض لا شرب لها فيبيعهما باذن صاحبهما نظرا الى قيمة الارض مع
الشرب دونه فيصرف التفاوت الى قضاء الدين وان لم يجد ذلك اسرى على تركة
الميت ارضا بغير شرب ثم ضم الشرب اليها وباعهما فصرف الثمن الى ثمن الارض والفاضل
الى قضاء الدين واذا سقى الرجل ارضه او مخرها ماء اي ملاها فسال من مائها في
ارض رجل فغرقها او نزل ارض جاره من هذا الماء لم يكن عليه ضمانها لانه غير متعد
فيه والله اعلم

كتاب الاشربة

يسمى بها وهي جمع شراب لما فيه من بيان حكمها قال الاشربة المحرمة اربعة الخمر وهي
عصير العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد والعصير اذا طبخ حتى يذهب اقل من
ثلثيه وهو الطلاء المذكور في الجامع الصغير ونقيع التمر وهو السكر ونقيع الزبيب
اما اشتد وغلا اما الخمر فالكلام فيها في عشرة مواضع احدها في بيان ماهيتها
وهي التي من ماء العنب اذا صار مسكرا وهذا عندنا وهو المعروف عند اهل
اللغة واهل العلم وقال بعض الناس هو اسم لكل مسكر لقوله عليه السلام كل
مسكر خمر وقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى الكرمة والنخلة
ولانه مشتق من مخامرة العقل وهو موجود في كل مسكر ولنا انه اسم خاص
باطباق اهل اللغة فيما ذكرنا وهذا اشتهر استعماله فيه وفي غيره عدوه ولان
حرمة الخمر قطعية وفي غيرها ظنية وانما سمي خمرا لتخمره لا لمخامرته العقل على
انه ذكر ثم لا ينافي كون الاسم خاصا فيه فان النجم مشتق من الظهور ثم هو
اسم خاص للنجم المعروف لكل ما ظهر وهذا كثير النظير والحديث الاول
طعن فيه يحيى بن معين رحمه الله والثاني اريد به بيان الحكم اذ هو اللائق بمنصب
الرسالة والثاني حديث هذا الاسم وهذا الذي ذكره في الكتاب قول ابي
حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد ولا يشترط القذف بالزبد لان الاسم يثبت
به وكذا المعنى المحرم بالاشتداد وهو الموثر في الفساد ولابي حنيفة رحمه الله
ان الغليان بداية الشدة وكمالها بقذف الزبد وبكونه اذ به يتميز

الصافي من الكدر واحكام الشرع قطعية فتناط بالنهاية كالحد والكفارة
المستحل وحرمة البيع وقيل يوجد في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد
احتياطا والثالث ان عينها حرام غير معلول بالسكر ولا موقوف عليه
ومن الناس من انكر حرمة عينها والذي السكر منه حرام لانه يحصل
الفساد وهو الصد عن ذكر الله تعالى وهذا كفر لانه جحود الكتاب
فانه تعالى سماه رجسا والرجس هو المحرم العين وقد جاءت السنة متواترة
ان النبي عليه السلام حرم الخمر وعليه انعقد اجماع الامة ولان قليله
يدعو الى كثيره وهذا من خواص الخمر ولهذا يزداد لشاربه اللذة
بالاستكثار منه بخلاف سائر المائعات ثم هو غير معلول عندنا حتى
لا تتعدى حكمه الى سائر المسكرات والشافعي رحمه الله يعديه اليها
وهذا بعيد لانه خلاف السنة المشهورة وتعليل التعدية الاسم والتعليل
في الاحكام لا في الاسماء والرابع انها نجسة نجاسة غليظة كالبول
لثبوتها بالدلائل القطعية على ما بيناه والخامس انه يكفر مستحلها لانكاره
الدليل القطعي والسادس سقوط تقومها في حق المسلم حتى لا يضمن
متلفها وغاصبها ولا يجوز بيعها لان الله تعالى لما نجسها فقد اهانها
والتقوم يشعر بعزتها وقال عليه السلام ان الذي حرم شربها حرم
بيعها واكل ثمنها واختلفوا في سقوط ما يقابلها والاصح انه قال لان
الطباع تميل اليها ويضن بها ومن كان له على مسلم دين فاوفاه ثمن
خمر لا يحل له ان ياخذه ولا المديون ان يؤديه لانه ثمن بيع باطل وهو غصب
في يده او امانة على حسب ما اختلفوا فيه كما في بيع الميتة ولو كان الدين
على ذمي فانه يؤديه من ثمن الخمر والمسلم الطالب يستوفيه لان بيعها فيما بينهم
جائز والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولانه واجب
الاجتناب وفي الانتفاع به اقتراب والثامن ان الحد شاربها وان لم يسكر منها

لقوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد فاقتلوه
الا ان حكم القتل قد انتسخ فبقي الجلد مشروعا وعليه انعقد اجماع الصحابة
رضي الله عنهم وتقريره ما ذكرناه في الحدود والتاسع ان الطبخ لا
يؤثر فيها الا انه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا انه لا يحد
فيما لم يسكر منه عندهما قالوا لان الحد بالقليل في النيء الخالص لما ذكرناه
وهذا قد طبخ والعاشر جواز تخليلها وفيه خلاف الشافعي رحمه الله
وسنذكره من بعد ان شاء الله هذا هو الكلام في الخمر واما النقيع
اذا طبخ حتى يذهب اقل من ثلثيه وهو المطبوخ ادنى طبخة
ويسمى الباذق والمنصف وهو ما ذهب ثلثاه بالطبخ وكل ذلك
حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا استعد على الاختلاف
وقال الاوزاعي رحمه الله انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه
مشروب طيب وليس بخمر ولنا انه رقيق يلذ مطربا ولهذا يجتمع عليه
الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به واما نقيع التمر وهو
السكر وهو الذي من ماء التمر اذا الزبد فهو حرام مكروه وقال الشافعي
عبد الله انه مباح لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن
علينا به وهو بالمحرم لا يتحقق ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم
ويدل عليه ما روينا من قبل والآية محمولة على ابتداء وكانت الاشربة
مباحا كلها وقيل اراد به التوبيخ معناه والله اعلم تتخذون منه
سكرا ويدعون رزقا حسنا واما نقيع الزبيب وهو الذي من ماء الزبيب
فهو حرام اذا غلا واشتد ويتأتى فيه خلاف الاوزاعي وقد بينا المعنى
من قبل الا ان حرمة هذه الاشربة دون حرمة الخمر حتى لا تكفر مستحلها
وتكفر مستحل الخمر لان حرمتها اجتهادية وحرمة الخمر قطعية فلا يجب
الحد بشربها حتى يسكر ويجب بشرب قطرة من الخمر ونجاستها حقيقية

رواية وغليظة في الخمر وبجاسة الخمر غليظة رواية واحدة ويجوز بيعها
ويضمن متلفها عند ابي حنيفة خلافا لهما فيهما لانه مال متقوم وما شهدت
حلاله قطعية بسقوط تقومها بخلاف الخمر غير ان عنده يجب قيمتها لا مثلها
على ما عرف ولا ينتفع بها بوجه من الوجوه لانها محرمة وعن ابي يوسف رحمه الله
انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ اكثر من النصف دون الثلثين
وقال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة فلا بأس به قالوا هذا الجواب
على العموم والبيان لا يوجد في غيره وهو نص على انه ما يتخذ من الحنطة والشعير
والعسل والذرة حلال عند ابي حنيفة رحمه الله ولا يحد شاربه عنده وان سكر
منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله
الرمادي عن محمد انه حرام ويحد شاربه اذا سكر منه ويقع طلاقه اذا سكر منه
كما في سائر الاشربة المحرمة وقال فيه ايضا وكان ابو يوسف رحمه الله يقول اولا
من الاشربة يبقى بعدما يبلغ عشرة ايام ولا يفسد فاني اكرهه ثم رجع الى قول
ابي حنيفة رحمه الله وقوله الاول مثل قول محمد رحمه الله ان كل مسكر حرام الا انه
بهذا الشرط ومعنى قوله يبلغ يغلي ويشتد ومعنى قوله ولا يفسد لا يحمض ووجهه
ان بقاء هذه المدة من غير ان يحمض دلالة قوته وشدته فكان آية حرمته ومثل ذلك
مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما وابو حنيفة رحمه الله يعتبر حقيقة الشدة على الحد الذي
ذكرناه فيما يحرم اصل شربه وفيما يحرم السكر منه على ما نذكر ان شاء الله تعالى
رجع الى قول ابي حنيفة رحمه الله فلم يحرم كل مسكر ورجع عن هذا الشرط
وقال في المختصر ونبيذ التمر والزبيب اذا طبخ كل واحد منهما ادنى طبخة حلال
وان اشتد اذا شرب منه ما يغلب على ظنه انه لا يسكر من غير لهو ولا طرب وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وعند محمد والشافعي رحمهما الله حرام والكلام
فيه كالكلام في المثلث العنبي ذكره ان شاء الله تعالى قال ولا بأس بالخليطين
البتع عن ابن زيلعي رحمه الله انه قال سقاني ابن عمر شربة فاكثرت اعتدى بي الى اهلي

وغروت اليه من الغد فاخبرته بذلك فقال زدناك على عجوة وزبيب وهذا من الخليطين
وكان مطبوخا لان المروي عنه حرمة نقيع الزبيب وهو النيء منه وما روي ان صلى الله
عليه نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والبسر والرطب والرطب والبسر محمول على
حالة الشدة وكان ذلك في الابتداء قال وبنبيذ العسل والتين ونبيذ الحنطة
والذرة والشعير حلال وان لم يطبخ وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
اذا كان من غير لهو وطرب لقوله عليه السلام الخمر من هاتين الشجرتين واشار الى
الكرمة والنخلة حصر الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل
يحد بتحريمها والمراد بيان الحكم ثم قيل يشترط الطبخ فيه لا باحته وقيل
لا يشترط وهو المذكور في الكتاب لان قليله لا يدعو الى كثيره كيف ما كان وهل يحد
المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل لا يحد وقد ذكر بالوجه من قبل قالوا والاصح
الاصح انه يحد وانه روي عن محمد رحمه الله فيمن سكر من الاشربة انه يحد من غير تفصيل
وهذا لان الفساق يجتمعون عليه في زماننا اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق
ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا وقيل ان المتخذ من
لبن الرماك لا يحد عند ابي حنيفة اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه قالوا والاصح
انه يحد لان كراهة لحمه لما في اباحته من قطع مادة الجهاد او لاحترامه فلا يتعدى
الى لبنه قال وعصير العنب اذا طبخ حتى ذهب ثلثاه وبقي ثلثه حلال
وان اشتد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك و
الشافعي رحمهم الله حرام وهذا الخلاف فيما اذا قصد به التقوي اما اذا
قصد به التلهي لا يحل بالاتفاق وعن محمد رحمه الله مثل قولهما وعنه انه
كره ذلك وعنه انه توقف فيه وجه قولهما اثبات الحرمة قوله عليه السلام كل مسكر
خمر وقوله عليه السلام ما اسكر كثيره فقليله حرام ويروى عنه عليه السلام ما
اسكر الجرة منه فالجرعة منه حرام ولان المسكر يفسد العقل فيكون حراما
قليله وكثيره كالخمر ولهما قوله عليه السلام حرمت الخمر لعينها ويروى من عصير

قليلها وكثيرها والسكر من كل شراب خصص بالتحريم في غير الخمر اذ العطف
للمغايرة ولان المفسد هو القدح المسكر وهو حرام عند الكل وانما يحرم القليل
منه لانه لرقته ولطافته يدعو الى الكثير فاعطي حكمه والمثلث لغلظه
لا يدعو وهو في نفسه غذاء فبقي على الاباحة والحديث الاول غير ثابت
لما بيناه ثم هو محمول على القدح الاخير لانه هو المسكر حقيقة والذي يصب
عليه الماء بعدما ذهب ثلثاه بالطبخ حتى يرقق بطبخ طبخة حكمه حكم المثلث
لان صب الماء لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ
حتى يذهب ثلثاه لان الماء يذهب اولا للطافته او يذهب منهما فلا يكون
الذاهب ثلثي ماء العنب ولو طبخ العنب كما هو ثم عصر تكتفي بادنى طبخة في
رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وفي رواية عنه لا يحل ما لم يذهب ثلثاه بالطبخ
والاصح ان العصير قائم فيه من غير تغيير فصار كما بعد العصر ولو جمع
بين العنب والتمر او بين التمر والزبيب لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر
وان كان يكتفي فيه بادنى طبخة فعصير العنب لا بد وان يذهب ثلثاه بعتبر جانب
العنب احتياطا وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو
طبخ نقيع التمر والزبيب ادنى طبخة ثم القي فيه تمر او زبيب ان كان
ما القي شيئا يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله لا باس به وان كان يتخذ النبيذ
من مثله لا يحل كما اذا جمعت المطبوخ قدح نقيع والمعنى تغليب جهة الحرمة
ولا جل اثره لان التحريم للاحتياط وهو في الجمع بين الزبيب والخمر او غيره
بعد الاشتداد حتى يذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت
فلا ترتفع بالطبخ قال ولا باس بالانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت
لقوله عليه السلام في حديث فيه طول بعد ذكر هذه الاوعية فاشربوا في كل ظرف
فان الظرف لا يحل شيئا ولا يحرمه ولا تشربوا المسكر وقال بعد ما
اخبر عن النهي عنه فكان ناسخا له وانما ينبذ فيه بعد تطهيره فان كان الوعاء

عتيقاً يغسل ثلاثاً فيطهر وان كان جديداً لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب
الخمر فيه بخلاف العتيق وعند ابي يوسف يجفف في كل مرة وهي مسئلة
ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند ابي يوسف رحمه الله ثلاث مرات بعد اخراجه
حتى اذا خرج الماء صافياً غير متغير بحكم بطهارته فاذا تخللت الخمر حلت
سواء صارت خلاً بنفسها او بشيء طرح فيها ولا يكره تخليلها وقال الشافعي
رحمه الله يكره التخليل ولا يحل الخل الحاصل منه ان كان التخليل بالقاء
شيء فيه قولاً واحداً وان كان بغير القاء الشيء فيه فله في الخل الحاصل
قولان له ان في التخليل اقتراباً من الخمر على وجه التمول والامر بالاجتناب
ينافيه ولنا قوله عليه السلام نعم الادام الخل ولان بالتخليل تزول الوصف
المفسد وتثبت صفة الصلاح من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتعدي
به والاصطلاح مباح وكذا الصالح للصالح اعتباداً اما المتخلل بنفسه وبالدباغ
والاقتراب لانعدام الفساد فاسبه الاراقة والتخليل اولى لما فيه من
اجراء مال مصون خلافاً للشافعي فيجتنب من ابتلي به واذا جاد الخمر خلاً
يطهر ما بولذ بها من الدن فاما اعلاه وهو الذي نقص منه الخمر فيطهر
تبعاً وقيل لا يطهر لانه خمر يابس الا اذا غسل بالخل فيتخلل منها عنه
فيطهر وكذا اذا صبت فيه الخمر ثم ملئ خلاً طهر في الحال على ما قالوا والـ
ويكره شرب دردي الخمر والاختلاط به لان فيه اجزاء الخمر والانتفاع بالمحرم
حرام ولهذا لا يجوز ان يداوي به جرحاً او دبر دابة ولا ان يسقي ذميا ولا
ان يسقي صبياً للتداوي والوبال على من سقاه ولذا لا يسقيها الدواب
وقيل لا يحل الشرب اذا اقيمت الى الخمر فلا باس به كما في الكلب والميتة ولو
القى الدردي في الماء لم يسكر وقال الشافعي رحمه الله يحد لانه شرب جزاء من
الخمر ولنا ان قليله لا يدعو الى كثيره لما في الطباع من النبوة عنه فكان
ناقصاً فاشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر ولان الغالب عليه

الثفل فصار كما اذا غلب عليه الماء بالامتزاج ويكره الاحتقان بالخمر
واقطارها في الاحليل لانه انتفاع بالمحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو
السبب ولو جعل الخمر في مرقة لا يؤكل لتنجسها بها ولا حد ما لم يسكر منه
لانه اصابه الطبخ ويكره اكل خبز عجن بخميره بالخمر لقيام اجزاء الخمر فيه

فصل في طبخ العصير

الاصل ان ما ذهب بغليانه بالنار
وقذفه بالزبد يجعل كان لم يكن ويعتبر ذهاب ثلثي ما بقي ليحل ثلث الباقي
بيانه عشرة دوارق من عصير طبخ فذهب دورق بالزبد يطبخ الباقي
حتى يذهب منه دوارق ويبقى الثلث فيحل لان الذي يذهب بدلاً هو العصير
او يمازجه وايا ما كان جعل كان العصير تسعة فيكون ثلثها ثلثة واصل آخر
ان العصير اذا صبت عليه ماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ان كان الماء اسرع
ذهاباً لرقته ولطافته يطبخ الباقي بعد ما ذهب مقدار ما صب فيه من الماء
حتى يذهب ثلثاه لان الذاهب اولاً هو الماء والثاني العصير فلا بد من ذهاب
ثلثي العصير وان كانا يذهبان معاً يغلي الجملة حتى يذهب ثلثاها ويبقى ثلثه فيحل
لانه ذهب الثلثان ماء وعصيراً والثلث الباقي ماء وعصير فصار كما اذا صبت
الماء فيه بعد ما ذهب من العصير بالغلي ثلثاه بيانه عشرة دوارق من
عصير وعشرون دورقاً من ماء ففي الوجه الاول يطبخ حتى يبقى تسع لجاله لانه
ثلث العصير وفي الوجه الثاني حتى يذهب ثلثا الجملة لما قلنا والغلي يدفعه
ودفعات سواء اذا حصل قبل ان يصير محرماً ولو قطع عنه النار قبل
حتى ذهب عنه الثلثان يحل لانه اثر النار واصل آخر ان العصير اذا طبخ
فذهب بعضه ثم اهريق بعضه ثم يطبخ البقية حتى يذهب الثلثان فالسبيل
فيه ان تاخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد المنصب ثم تقسمه على ما
بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل ان ينصب منه شيء فما خرج بالقسمة فهو
حلال بيانه عشرة ارطال عصير طبخ حتى ذهب رطل ثم اهريق ثلثة ارطال

يأخذ ثلث العصير كله وهو ثلثه ويلزم ويضربه فيما بقي بعد المصة وهو
فيكون عشرين ثم يقسم العشرين على ما بقي بعد ما ذهب بالطبخ منه قبل
ان يمصه من شيء وذلك تسعة فيخرج لكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فيعرف
ان الجلاب منه رطلان وتسعان وعلى هذا الحرج المسايل ولها طريق آخر وفيما
اكتفينا به كفاية وهداية الى تخريج غيرها من المسايل والله اعلم

كتاب الصيد

الصيد الصيد
الاصطياد ويطلق على ما يصطاد والفعل مباح لغير المحرم في غير
الحرم لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله عز وجل وحرم عليكم
صيد البر ما دمتم حرما وقوله عليه السلام لعدي بن حاتم الطائي رضي الله عنه
اذا ارسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل وان اكل منه فلا تأكل لانه انما
امسك على نفسه وان شاركه كلب آخر فلا تأكل فانك انما سميت على كلبك
ولم تسم على كلب غيرك وعلى اباحته انعقد الاجماع ولانه نوع اكتساب
وانتفاع بما هو مخلوق لذلك وفيه استيفاء المكلف وتمكنه من اقامة التكاليف
فكان مباحا بمنزلة الاحتطاب ثم جملة ما يجوز به اكتساب فصلان احدهما في
الصيد بالجوارح والثاني في الاصطياد بالرمي

فصل في الجوارح

قال ويجوز الاصطياد بالكلب المعلم والفهد والباز وسائر الجوارح
المعلمة وفي الجامع الصغير وكل شيء علمته من ذي ناب من السباع وذي
مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا ان يدرك ذكاته
والاصل فيه قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين والجوارح الكواسب
في تأويل المكلبين المسلطين فتناول الكل بعمومه ذكر عليه ما روينا من
حديث عدي رضي الله عنه واسم الكلب في اللغة يقع على كل سبع حتى الاسد
ابي يوسف رحمه الله استثنى من ذلك الاسد والذئب لانهما لا يعلمان لغيرهما
لعلو همته والذئب لخساسته والحق بعضهم الجراة بهما والخنزير

مستثنى لانه نجس العين ولا يجوز الانتفاع به ثم لا بد من التعليم لان ما تلونا
من النص ينطق باشتراط التعليم والحديث يدل عليه ولان الارسال ولانه انما يصير
آلة بالتعليم ليكون عاملا له فيرسل بارساله ويمسك عليه قال وتعليم
الكلب ان يترك الاكل ثلث مرات وتعليم الباز ان يرجع ويجيب اذا دعوته و
هو ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الباز لا يحتمل الضرب
وبدن الكلب يحتمله فيضرب ليتركه ولان آية التعلم ترك ما هو المألوف عادة
والباز سبعي وحش متنفر فكانت الاجابة آية تعليمه واما الكلب فهو
الوف بعد الانتهاب فكان آية تعليمه تركه المألوف وهو الاكل والاستلاب
ثم شرط ترك الاكل ثلثا هو ما عنهما وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله لان فيما دونه
مزيد الاحتمال ولعله تركه مرة او مرتين شبعا فاذا تركه ثلثا دل على انه
صار عادة له وهذا لان الثلث قلما ضربت للاختبار والابتلاء الا عند
كما في مدة الخيار وفي بعض قصص الاخيار ولان الكثير هو الذي يقع
امارة على العلم دون القليل والجمع هو الكثير وادناه الثلث فقدرنا به
وعند ابي حنيفة رحمه الله على ما ذكر في الاصل لا يثبت التعليم ما لم يغلب على
ظن الصائد انه معلم ولا يقدر بالثلث لان المقادير لا تعرف اجتهادا
بل نصا وسماعا ولا سمع فيفوض الى رأي المبتلى به كما فوضوا اليه في جنسه
وعلى الرواية الاولى عنده يحل ما اصطاده ثالثا وعندهما لا يحل لانه انما
يصير معلما بعد تمام الثلث وقبل التعلم غير معلم فكان الثالث صيد
كلب جاهل وصار كالتصرف المباشر في سكوت المولى له انه آية تعليمه
عنده فكان هذا صيد جارحة معلمة بخلاف تلك المسألة لان الاذن اعلام
ولا تحصل دون علم العبد وذلك بعد المباشرة قال واذا ارسل كلبه
المعلم او بازيه وذكر اسم الله تعالى عند ارساله فاخذ الصيد وجرحه
فمات حل اكله لما روينا من حديث عدي رضي الله عنه ولان الكلب او الباز

آلة والذبح لا يحصل بمجرد الآلة إلا بالاستعمال وذلك فيهما بالإرسال فنزل
منزلة الرمي وإمرار السكين فلا بد من التسمية عنده ولو تركها ناسيا حل
أيضا على ما بيناه وحرمة متروك التسمية عامدا في الذبائح ولا بد من الجرح
في ظاهر الرواية ليتحقق الذكوة الاضطرارية وهو الجرح في أي موضع كان
من البدن بانسيابها وجد من الآلة إليه بالاستعمال وفي ظاهر قوله تعالى وما
علمتم من الجوارح ما تشير إلى اشتراط الجرح إذ هو من الجرح بمعنى الجارحة في
تأويل يجد على الجارح الكاسب بنابه ومخلبه ولا تنافي في فيه أخذا بالمتيقن وعن
أبي يوسف رحمه الله أنه لا يشترط رجوعا إلى التأويل الأول وجوابه ما قلنا
فإن أكل منه الكلب أو الفهد لم يؤكل وإن أكل منه الباز أكل والفرق ما
بيناه في دلالة التعليم وهو مؤيد بما روينا من حديث عدي رضي الله عنه وهو
حجة على مالك وعلى الشافعي رحمهما الله في قوله القديم في إباحة ما أكل الكلب
منه ولو أنه صاد صيودا ولم يأكل منها ثم أكل من صيد لا يؤكل هذا الصيد
لأنه علامة الجهل ولا ما يصيد بعده حتى يصير معلما على اختلاف الروايات
كما بيناها في الابتداء أما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها
لا يظهر الحرمة فيه لانعدام المحلية وما لم يجرح إن كان في المفازة
بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو مجرح في بيته يحرم عنده خلافا لهما
بقولان إن الأكل ليس بدليل على الجهل فيما تقدم لأن الجارحة تنسى ولأن فيما أجزأه
قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لأن المقصود قد
حصل بالأول بخلاف غير المجرح لأنه ما حصل المقصود من كل وجه لبقائه
صيدا من وجه لعدم الإجراء المجرح مناه احتياط ولهما أنه آية جهله من الابتداء
لأن الجارحة لا تنسى أصلها فإذا أكل تبين أنه كان تركه الأكل للشبع لا للعلم
وتبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لا يؤثر كما إذا أكل فصاد كتبدل اجتهاد القاضي
قبل القضاء ولو أن صقرا أفرز من صاحبه فمكث حينا ثم صاد لم يؤكل صيده

ولو
لأنه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب إذا أكل من الصيد ولو شرب
الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه أكل لأنه ممسك للصيد عليه وهذا
بغاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح
له ولو أخذ الصيد من المعلم ثم قطع منه قطعة وألقاها إليه فأكلها
يؤكل ما بقي لأنه لم يبق صيدا فصار كما إذا ألقى إليه طعاما غيره ولكن
إذا وثب الكلب فأخذ منه وأكل منه لأنه ما أكل من الصيد والشرط ترك
الأكل من الصيد فصار كما إذا أفترس شاة بخلاف ما إذا فعل ذلك قبل أن
يحرزه المالك لأنه تعيب فيه جهة الصيدية ولو نهش الصيد فقطع منه
بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لم يؤكل لأنه صيد كلب
جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه وأتبع الصيد فقتله
ولم يأكل منه وأخذه صاحبه ثم من بتلك البضعة وأكلها يؤكل
الصيد لأنه لو أكل من نفس الصيد في هذه الحالة لم يضره فإذا
أكلها بإذنه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الأول
لأنه أكل في حالة الاصطياد فكان جاهلا ممسكا لنفسه ولأن
نهش البضعة قد يكون لياكلها وقد يكون حيلة في الاصطياد
ليضعف بقطع القطعة منه فيدركه فالأكل قبل الأخذ يدل على
الوجه الأول وبعده على الوجه الثاني فلا يدل على حيلة قال
وإن أدرك المرسل الصيد حيا وجب عليه أن يذكيه فإن ترك تذكيته
حتى مات لم يؤكل وكذا الباز في إيهام بأنه قدر على الإرسال قبل
حصول المقصود بالبدل إذا المقصود هو الإباحة ولم يثبت
قبل موته بطل حكم البدل وهذا إذا لم يتمكن من ذبحه أما إذا وقع
في يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحيوة فوق ما يكون في المذبوح
لم يؤكل ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله

انه يحل وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لا يقدر على الاصل فصار كما اذا رأى
الماء ولم يقدر على استعماله وجه الظاهر انه قدر اعتبارا لانه يثبت به على المذبح
وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتباره لانه لا بد له من مدة والناس
يتفاوتون فيها على حسب تفاوتهم في الكياسة والحذاقة في اجراء الذبح
فاجرينا الحكم على ما ذكرنا بخلاف ما اذا بقي فيه من الحيوة مثل ما يبقى في المذبوح
لانه ميت حكما الا ترى انه لو وقع في الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا
وقع وهو ميت والمتبادر من الذبح وفصل بعضهم فيه تفصيلا وهو انه
ان لم يتمكن لفقد الآلة لم يؤكل وان لم يتمكن لضيق الوقت لم يؤكل عندنا
خلافا للشافعي رحمه الله لانه اذا وقع في يده لم يبق صيدا فبطل حكم ذكوة
الاضطرار وهذا اذا كان يتوهم بقاؤه اما اذا شق بطنه واخرج ما فيه
ثم وقع في يد صاحبه حل لانه ما بقي اضطراب المذبوح فلا يعتبر كما اذا
وقع شاة بعد ما ذبحت وفسر قوله اما عند ابي حنيفة رحمه الله لا يؤكل
ايضا لانه وقع في يد حيا فلا بد من الذكوة الاختيارية ردا الى المتردية على
ما نذكر ان شاء الله تعالى هذا الذي ذكرنا اذا ترك التذكية فلو انه ذكاه حل
اكله عند ابي حنيفة رحمه الله وكذا المتردية والنطيحة والموقوذة والذي
بقر الذئب بطنه وفيه حيوة خفيفة او بينه وعليه الفتوى لقوله تعالى
الا ما ذكيتم استثناء مطلقا من غير فصل وعند ابي يوسف رحمه الله اذا كان
بحال لا يعيش مثله لا يحل لانه لم يكن موته بالذبح وابو محمد رحمه الله ان كان بحال
يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا لانه لا معتبر بهذه الحيوة على ما قررنا
ولو اجرى دمه ولم يأخذه وان كان وقت لو اخذه امكنه ذبحه لم يؤكل لانه صار في حكم
المقدور عليه وان كان لا يمكنه ذبحه اكل لان البدل لم يثبت به والتمكن من الذبح
لم يوجد وان اجرى دمه فذكاه حل لانه ان كانت فيه حيوة مستقرة فالذكاة
وقعت موقعها بالاجماع وان لم يكن فيه حيوة مستقرة وعند ابي يوسف رحمه الله

ذكوته

ذكوته الذبح واذا ارسل كلبه على صيد واخذ غيره حل وقال مالك رحمه الله
لا يحل لانه اخذ بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشاهد ولنا انه شرط
غير مفيد لان مقصوده حصول الصيد اذ لا يقدر على الوفاء به اذ لا
يمكنه تعليمه على وجه يأخذ ما عينه فسقط اعتباره ولو ارسله على
صيد كثير وسمى مرة واحدة حالة الارسال فلو قتل الكل يحل بهذه التسمية
الواحدة لان الذبح يقع بالارسال على ما بيناه ولهذا تشترط التسمية عنده
والفعل واحد فيكفيه تسمية واحدة بخلاف ذبح الشاتين بتسمية واحدة
لان الثاني صيره مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية اخرى حتى
لو اضجع احدهما فوق الاخرى فذبحهما بمرة واحدة يحلان بتسمية واحدة
ومن ارسل صيدا فكمن حتى يتمكن ثم اخذ الصيد فقتله يؤكل لان تمكنه
ذلك حيلة منه للصيد لا استراحة فلا ينقطع الارسال وكذلك الكلب
اذا اعتاد عادته ولو اخذ الكلب صيدا فقتله ثم اخذ آخر فقتله
وقد ارسله صاحبه اكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة
ما لو رمى سهما الى صيد فاصابه واصاب آخر ولو قتل الاول فجثم عليه
طويلا من النهار ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثاني لانقطاع
الارسال لكنه اذا لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما كان استراحة بخلاف
ما تقدم ولو ارسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم اتبع الصيد فاخذه
وقتله فانه يؤكل وهذا اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما
مكث ساعة للكمين لما بيناه في الكلب ولو ان بازيا معلما اخذ صيدا
فقتله ولا يدري ارسله انسان او لا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال
ولا تثبت الاباحة بدونه وان خنقه الكلب ولم يجرحه لم يؤكل لان الجرح
شرط على ظاهر الرواية على ما ذكرناه وهذا يدل على انه لا يحل بالكسر
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه اذا كسر عضوا فقتله لا بأس بأكله لانه جراحة

باطنه فهي كالجراحة الظاهرة وجه الاول ان المعتبر جرح ينهض سببا
لازهاق الدم ولا يحصل ذلك بالكسر وما شبه التخنيق قال وان شاركه كلب غير
معلم او كلب مجوسي او كلب لم يذكر اسم الله عليه يريد به عمدا لم يؤكل لما روينا في
حديث عدي رضي الله عنه ولانه اجتمع المبيح والمحرم فغلب حرمة الجرمة نصا
واحتياطا ولو رده على الكلب الثاني ولم يجرح معه ومات بجرح الاول يكره
اكله لوجود المشاركة في الاخذ وفقدها في الجرح وهذا بخلاف ما اذا رده
المجوسي عليه بنفسه حيث لا يكره لان فعل المجوسي ليس بفعل الكلب فلا تتحقق
المشاركة وتتحقق بين فعلي الكلبين لوجود الجانسة ولو لم يرده الكلب الثاني
على الاول لكنه اشتد على الاول حتى اشتد على الصيد واخذه وقتله لا باس
باكله لان فعل الثاني اثر في الكلب المرسل دون الصيد حيث ازداد به طلبا
تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا ينضاف الاخذ الى التبع بخلاف ما اذا كان رجع
عليه لانه لم يصر تبعا فينضاف اليهما قال واذا ارسل المسلم كلبه فزجره
مجوسي فانزجر بزجره فلا باس بصيده والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه
وبالانزجار اظهار زيادة الطلب ووجهه ان الفعل يرتفع بما هو فوقه او مثله
كما في شيخ الاي والزجر دون الارسال لكونه بناء عليه قال ولو ارسله مجوسي
فزجره مسلم فانزجر لم يؤكل لان الزجر دون الارسال ولهذا لم يثبت به
الجرمة فاولى ان لا يثبت به الحل وكل من لا يجوز تذكيته كالمرتد والمجوسي وتارك
التسمية عامدا في هذا المنزلة المجوسي وان لم يرسله احد فزجره مسلم فانزجر
فاخذ الصيد فلا باس باكله لان الزجر مثل الارسال بخلاف ما اذا كان دونه من حيث
انه بناء عليه فهو فوقه من حيث انه فعل المكلف فاستويا فصلح ناسخا ولو ارسله
المسلم كلبه على صيد وسمى فادركه فضربه ووقذه لم يضربه وقتله اكل وكذا اذا
ارسل كلبين فوقذه احدهما ثم قتله الآخر اكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح
لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ولو ارسل رجلان كل واحد منهما كلبا فوقذه

احدهما

حاله الحمص لان الارسال فيه ليس للاباحة اصوله الاظهر ان يقال لان الرمي لان الفصل فصلم سعدي افندي

احدهما وقتله الآخر اكله لما بينا والملك للاول لان الاول اخرجه عن حد الصيد به
الا ان الارسال من الثاني حصل على الصيد والمعتبر في الاباحة والحرمة حال
الارسال فلم يحرم بخلاف ما اذا كان الارسال من الثاني بعد الخروج عن الصيدية بالجرح
الكلب الاول **فصل في الرمي** ومن رمى حيوانا ظنه حشيشا فاذا هو
او ارسل كلبا او بازيا عليه فاصاب صيدا ثم تبين انه حشيش صيد حل المصاب
اي صيد كان لانه قصد الاصطياد وعن ابي يوسف انه حصر الخنزير من ذلك
لتغلظ التحريم الا يرى انه لا تسلم اباحته في شيء منه بخلاف السباع لانه يوثر في
جلده ودفع حرمة الله حصر ما لا يؤكل لحمه لان الارسال فيه ليس للاباحة ووجه الظاهر
ان اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول ووقع الفعل اصطيادا وهو فعل مباح في نفسه
واباحة التناول يرجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبله لحما وجلدا وقيدنا
اذا لم يقبله واذا وقع اصطيادا اصابه كانه رمى الى صيد واصاب غيره وقال
تبين انه جسر آدمي او حيوان اهلي كان لا يحل المصاب لان الفعل ليس باصطياد
والطير الداجن الذي يأوي البيوت اهلي والظبي الموثق بمنزلته لما بينا ولو
رمى الى طائر فاصاب صيدا وفر الطائر ولا يدري وجثوا او غيره وحشي حل
الصيد لان الظاهر فيه التوحش ولو رمى الى بعير فاصاب صيدا ولا يدري
ناد هو ام لا لا يحل الصيد لان الاصل فيه الاستيناس ولو رمى الى سمكة او جراد
فاصاب صيدا يحل رواية عن ابي يوسف لانه صيد وفي اخرى عنه لا يحل
لان لا ذكوة فيها ولو اصاب المسموع جثة وقد ظنه آدميا فاذا هو صيد يحل لانه
لا معتبر بظنه مع تعينه واذا سمى الرجل عند الرمي امرا ما اصاب اذا رمى السهم
فمات لانه ذابح بالرمي لكون السهم آلة له ويشترط التسمية عنده وجميع السبب
يحل لهذا النوع من الذكوة ولا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما بينا قال
وان ادركه حيا ذكاه وقد بيناه بوجوهها والاختلاف فيها في الفصل الاول فلا
نعيده قال واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل في طلبه حتى اصابه

ميتا أكل وإن تبعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل لما روي عن النبي عليه السلام أنه
كره أكل الصيد إذا غاب عن الرامي وقال لعل هوام الأرض قتلته ولأن احتمال
الموت بسبب آخر قائم فما ينبغي أن يحل أكله لأن الموهوم في هذا كالمتحقق لما روينا
إلا أنا أسقطنا اعتباره ما دام في طلبه ضرورة أن لا يعرى الاصطياد منه ولا ضرورة
فيما إذا تعذر على طلبه لإمكان التحرز عن توادي يكون بسبب عمله والذي رويناه حجة
على مالك رحمه الله في قوله إن ما توارى عنه إذا لم يبت يحل فإذا بات ليلة لا يحل ولو
وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لأنه موهوم لمكان الاحتراز عنه فاعتبر محققا
بخلاف دم الهوام والجواب في إرسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي في جميع ما ذكرنا
قال وإذا رمى صيدا فوقع في الماء أو وقع على سطح أو جبل ثم تردى منه إلى الأرض
لم يؤكل لأنه المتردية وهو حرام بالنص ولأنه احتمل الموت بغير الرمي إذ الماء مهلك
وكذا السقوط من علو يؤيد ذلك قوله عليه السلام لعدي رضي الله عنه وإن وقعت في الماء
فلا تأكل فإنك لا تدري أن الماء قتله أو سهمك وإن وقع على الأرض ابتداء
عنه حصار الاحتراز عنه وفي اعتبار سد باب الاصطياد خلاف ما تقدم لأنه لمكان التحرز
الحرمة ترجح جهة الحرمة احتياطا وإن كان مما لا يمكن التحرز عنه جرى وجوده مجرى
عدمه لأن التكليف بحسب الوسع فيما يمكن التحرز عنه إذا وقع على شجر أو حائط أو
آجرة ثم على الأرض أو دحاه وهو على جبل فتردى من موضع إلى موضع حتى تردى
إلى الأرض أو دحاه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة
لاحتمال أن الرجل عند الإصابة شيء قتله ومما لا يمكن التحرز عنه إذا وقع على الأرض
كما ذكرناه أو على ما هو في معناه كجبل أو ظهر بيت أو لبنة موضوعة أو صخرة فاستقر
عليها لأن وقوعه عليه وعلى الأرض سواء وذكر في المنتقى لو وقع على صخرة فانشق
بطنه لم يؤكل لاحتمال الموت بسبب آخر وصححه الحاكم وحمل مطلق المروي في الأصل
على غير حالة الانشقاق وحمله شمس الأئمة البرخسي على ما إذا أصابه حد الصخرة فانشق

بطنه لذلك وحمل المروي في الأصل على أنه لم يصبه من الأجزاء إلا ما يصيبه من الأرض
لو وقع عليها ولو وقع عليه ودحاه وهذا أصح وإن الطير ميتا فإن كانت الجراحة لم تنغمس
في الماء أكل وإن انغمست لم يؤكل كما إذا وقع في الماء وما أصاب المعراض بعرضه لم يؤكل لقوله عليه السلام فيه ما أصاب بحده فكل وما أصاب بعرضه
فلا تأكل ولأنه لا بد من الجرح ليتحقق معنى الذكوة على ما قدمنا وإن لا يؤكل
ما أصابه البندقة فمات بها لأنه يرض ويكسر ولا جرح فصار كالمعراض إذا لم
يخرق وكذلك إذا رماه بحجر وكذلك إن جرحه قالوا تأويله إذا كان ثقيلا وبه
جدة لاحتمال أنه قتله بثقله وإذا كان الحجر خفيفا وبه جدة يحل لتعين الموت بالجرح
وإن كان الحجر خفيفا وجعله طويلا كالسهم وبه جدة فإنه يحل لأنه يقتله
بجرحه ولو رماه بحروة حديدة ولم تنضج بضعا لا يحل لأنه قتله دقا وكذا إن
كان رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه لأن الحروق تنقطع بثقل الحجر كما تنقطع
بالقطع فوقع الشك أو لعله مات قبل قطع الأوداج ولو رماه بعصا أو بعود
حتى قتله لا يحل لأنه يقتله ثقلا لا جرحا إلا أن إذا كان له جد يضع نصفا فحينئذ
لا بأس به لأنه بمنزلة السيف والرمح والأصل في هذه المسائل أن الموت إذا كان
مضافا إلى الجرح بيقين كان الصيد حلالا وإذا كان مضافا إلى الثقل بيقين كان
حراما وإن وقع الشك ولا يدري مات بالجرح أو بالثقل كان حراما احتياطا وإن
رماه بسيف أو بسكين فأصابه بحده وجرحه حل وإن أصابه بقفا السكين أو
بمقبض السيف لا يحل لأنه قتله دقا والحديد وغيره فيه سواء ولو رماه فجرحه
ومات بالجرح إن كان الجرح مذففا يحل بالاتفاق وإن لم يكن مذففا ذكر كذلك عند بعض المتأخرين
سواء كانت الجراحة صغيرة أو كبيرة لأن الدم قد يحتبس لضيق المنفذ أو غلظ
الدم وعند بعضهم لشرط الإدماء لقوله عليه السلام ما أنهر الدم وأفرى الأوداج
فكل غير السن والظفر وعند بعضهم إن كانت كبيرة حل بدون الإدماء وإن كانت صغيرة
لا بد من الإدماء ولو ذبح شاة ولم يسل منه الدم فإن لا يحل ولو قطع حلقوم

دخل فيما ذكرناه واذا اصاب السهم خلف الصيد او قرنه فان اجماه
حل والا فلا وهذا يؤيد بعض ما ذكرناه قال واذا ابن من صيد فقطع
عضوا منه اكل الصيد لما بينا ولا يوكل العضو وقال الشافعي رحمه الله
اكلا ان بان الصيد منه لانه مبان من الحي اضطرارا فيحل المبان والمبان منه
كما اذا ابين البراين بذكوة الاختيار بخلاف ما اذا لم تمت لانه ما ابين بالذكوة
ولنا قوله عليه السلام ما ابين من الحي فهو ميتة ذكر الحي مطلقا فينصرف الى
الحي حقيقة وحكما والعضو المبان لصفة الصيد لان المبان منه حي حقيقة
لقيام الحيوة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة
ولهذا اعتبره الشرع حتى لو وقع في الماء وفيه حيوة هذه الصفة يحرم
قوله ابين بالذكوة فلما حال وقوعه لم يقع ذكوة لبقاء الروح في الباقي وعند
زواله لا تظهر في المبان لعدم الحيوة فيه ولا شبهة لزوالها بالانفصال
فصار هذا الجزء في الاجل ان المبان من الحي حقيقة وحكما لا يحل والمبان
من الحي صورة لا حكما يحل وذكر ان بقي في المبان منه حيوة بقدر ما يكون في
المذبوح فانه حيوة صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الماء وبه هذا القدر من
الحيوة او تردى من جبل او سقط لا يحرم فيخرج عليه المسائل فنقول اذا قطع
يدا او رجلا او فخذا او ثلثه مما يلي القوائم او اقل من نصف البراين يحرم المبان
ويحل المبان منه لانه يتوهم بقاء الحيوة في الباقي ولو قطعه بنصفين او قطعه
اثلاثا والاكثر مما يلي العجز او قطع نصف راسه او اكثر منه يحل المبان
والمبان منه لان المبان منه حي صورة لا حكما اذ لا يتوهم بقاء الحيوة بعد هذا
الجرح والحدث وان تناول السمك وما ابين منه ميتة لان ميتته حلال
بالحديث الذي روينا ولو ضرب عنق شاة فابان راسها يحل لقطع الاوداج
ويكره هذا الصنيع لابلاغه النجاع وان ضربه من قبل القفا ان مات قبل
قطع الاوداج لا يحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حل ولو ضرب صيدا

فقطع يدا او رجلا ولم يبنه ان كان يتوهم الالتيام والاندمال فاذا مات حل
اكله لانه بمنزلة سائر اجزائه وان كان لا يتوهم بان بقي متعلقا بجلده
حل ايضا سواء لو جرحه الا بانه معنى والعبرة للمعاني قال ولا يوكل صيد المجوسي
والمرتد والوثني لانهم ليسوا من اهل الذكوة على ما بيناه في الذبائح ولا
تعتبر في اباحة الصيد بخلاف النصراني واليهودي لانهما من اهل الذكاة
اختيارا فكذا اضطرارا قال ومن رمى صيدا فاصابه ولم يثخنه
ولم يخرجه من حيز الامتناع فرماه آخر فقتله فهو للثاني لانه هو
الآخذ وقد قال عليه السلام الصيد لمن اخذ ولو كان للاول لم يثخنه فرماه الثاني
فقتله فهو للاول ولم يوكل لاحتمال الموت بالثاني وهو ليس بذكوة للقدرة
على ذكوة الاختيار بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كانت الرمية الاولى
يجرح منه الصيد لانه حينئذ يكون الموت مضافا الى الرمي الثاني اما
اذا كان الاول بحال لا يسلم منه بان لا يبقى فيه من الحيوة الا قدر ما بقي
في المذبوح كما اذا ابان راسه يحل لان الموت لا يضاف الى الرمي الثاني
لان وجوده وعدمه بمنزلة وان كان الرمي الاول بحال لا يعيش الصيد
الا انه بقي فيه من الحيوة اكثر مما يكون بعد الذبح بان كان يعيش يوما او دونه
وعلى قول ابي يوسف لا يحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من القيد
لا عبرة به عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحيوة معتبر به
عنده على ما عرف من مذهبه فصار الجواب فيه والجواب فيما اذا كان الاول
بحال يسلم منه الصيد سواء ولا يحل والثاني ضامن لقيمته للاول
غير ما نقصته جراحته لانه بالرمي اتلف صيدا مملوكا له لانه ملكه
بالرمي المثخن وهو منقوص بجراحته وقيمة المتلف تعتبر يوم الاتلاف
قال رضي الله عنه تاويله اذا علم ان القتل حصل بالثاني بان كان الاول
بحال يحذر ان يسلم الصيد منه والثاني بحال لا يسلم الصيد منه ليكون

القتل كله مضافا الى الثاني وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة
فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم ان الموت حصل بالجراحتين
او لا يدري فالزيادات تضمن الثاني ما نقصته جراحته ثم يضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين ثم يضمن نصف قيمة مجروح اما الاول فلانه
حين
جرحه حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمن ما نقصه اولا واما الثاني فلان
الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك غيره فيضمن
نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كان بصنعه والثانية ضمنها
مرة فلا يضمنها ثانيا واما الثالث فلان الرمية الاولى صادفت محل الذكاة
لاصطياد لولا رمي الثاني فهذا بالرمي الثاني افسد عليه نصف اللحم فيضمنه
ولا يضمن النصف الاخر لانه ضمنه مرة فدخل ضمان اللحم فيه وان كان
ويصير
رماه الاول ثانيا فالجواب في حكم الاباحة كالجواب فيما اذا كان الرامي غيره
كما اذا رمى صيدا على قلة جبل فاثخنه ثم رماه ثانيا فانه لا يحل لان الثاني
مجرم كذا هذا قال ويجوز اصطياد ما يوكل لحمه من الحيوان وما لا يوكل
لاطلاق ما تلونا والصيد لا يحتطب ما كول اللحم قال قائلهم صيد الملوك
ارانب وثعالب فاذا ركبت فصيدي الابطال ولان صيده سبب للانتفاع
بجلده وشعره او ريشه او لدفع شره وكل ذلك مشروع والله اعلم

كتاب الرهن

الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان وفي الشريعة جعل الشيء محبوسا
بحق يمكن استيفاؤه من الرهن كالديون وهو مشروع لقوله تعالى فرهان
ولما روي انه عليه السلام اشترى من يهودي طعاما ورهنه بادرعه وقلب
انعقاده على ذلك الاجماع ولانه عقد وثيقة جانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة
في طرف الوجوب وهي الكفالة قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول ويتم بالقبض
قالوا الركن الايجاب لانه عقد تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة والصدقة

الاحتباس الكلي بان يصير مملوكا له كذا ذكره الكرخي عن السلف رحمهم الله
ولان الثابت للمرتهن بدل الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان الرهن
ينبئ عن الحبس الدوام قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة وقال قائلهم وهو
فارقتك برهن لا فكاك له والاحكام الشرعية تتعلق على الالفاظ على وفق
الاسماء ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك
ما يثبت ملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود محافظة جحود المرتهن الرهن
ويكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع الى قضاء الدين لحاجته او لعجزه
واذا كان كذلك ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفاه
ثانيا يؤدي الى الربوا بخلاف حالة القيام لانه ينتقض هذا الاستيفاء بالرد على
الراهن ولا يتكرر ولا وجه الى استيفاء الباقي بدونه لانه لا يتصور الاستيفاء
نفع بالمالية اما العين فامانة حتى كانت نفقة المرهون على الراهن في حياته
وكفنه بعد مماته وكذا قبض الرهن لا ينوب عن قبض الشراء اذ الاشتراء
المرتهن لان العين امانة فلا ينوب عن قبض ضمان وموجب العقد ثبوت
الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كانت فراغ الذمة من ضرورته كما في الحوالة
فالحاصل ان عندنا حكم الرهن ضرورة الرهن محتبسا بدينه اثبات
الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عينا بالبيع فيخرج
على الاصلين هذين عدة من المسائل المختلف فيها بيننا وبينه عددناها
كفاية المنتهى جملة منها ان الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع لانه
يفوت موجبه وهو الاحتباس على الدوام وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافي موجبه
وهو تعيينه للبيع وسيأتيك البواقي في اثناء المسائل ان شاء الله تعالى
ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان حكمه ثبوت بدل الاستيفاء والاستيفاء يخلو
الوجوب قال رضي الله عنه ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة
بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين ويمكن ان يقال ان موجب الاصلي

فيها هو القيمة ودرك العين يخلص على ما عليه اكثر المشايخ وهو دين
ولهذا يصح الكفالة بها ولئن كان لا يجب الا بعد الهلاك ولكنه يجب فيه
الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا
بعد وجود سبب وجوبه فيصح كالكفالة ولهذا لا يبطل الحوالة المقيدة
به بهلاكه بخلاف الوديعة فانه وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين
فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه
حكما وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة لان المضمون بقدر ما يقع به
الاستيفاء وذلك بقدر الدين وان كان اقل سقط من الدين بقدره ورجع
المرتهن بالفضل لان الاستيفاء بقدر المالية وقال زفر رحمه الله الرهن مضمون
بالقيمة حتى لو هلك الرهن وقيمته يوم رهن الف وخمسمائة والدين الف يرجع
الراهن على المرتهن بخمسمائة وله حديث علي رضي الله عنه قال الشراء ان الفضل
في الرهن ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فيكون مضمونا
عنبارا بقدر الدين وقد بينا مروي عن عمر وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما
ولان يد المرتهن يد الاستيفاء فلا يوجب الضمان الا بقدر المستوفى كما في حق
الاستيفاء والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الكل بدونها فلا ضرورة
في حق الضمان والمراد بالشراء فيما روي حالة البيع فانه روي عنه رضي الله عنه
انه قال المرتهن امين في الفضل والمرتهن اذا طالب الراهن بدينه وحبسه به
لان حقه باق بعد الرهن في الرهن لزيادة الصيانة فلا يمتنع المطالبة
والحبس جزاء الظلم واذا ظهر مطله عند القاضي يحبسه كما بيناه على التفصيل
فيما تقدم واذا طلب المرتهن دينه ثم بدا حضار الرهن لان قبض الرهن
قبض الاستيفاء فلا يجوز ان يقبضه مع قيام يد الاستيفاء لانه بتكرر
الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا احضره امر الراهن
بتسليم الدين اولا ليتعين حقه كما تعين حق الراهن بحقيقة التسوية كما في تسليم

المبيع والثمن يحضر المبيع أولا ثم تسلم الثمن أقول وإن طالبه بالدين في غير البلد الذي
وقع العقد فيه إن كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لأن الأماكن كلها في
حق التسليم كمكان واحد فيما ليس له حمل ومؤنة ولهذا لا يشترط بيان مكان الإيفاء
في باب السلم بالإجماع وإن كان له حمل ومؤنة يستوفى حيث هو ولا يكلف إحضاره
الرهن لأن هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان إلى
مكان لأنه يتضرر به زيادة الضرر ولم يلتزمه ولو سلط الراهن العدل على
بيع المرهون فباعه بنقد أو نسيئة جاز لأن الإذن بالإيفاء ثابت بالدين
تكلف المرتهن إحضار الرهن لأنه لا قدرة له على الإحضار وكذا إذا أمر المرتهن
ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن لأنه صار دينا بالبيع بأمر الراهن فصار كأن الراهن
رهنه وهو دين ولو قبضه تكلف إحضاره لقيام البدل مقام المبدل إلا أن
الذي يتولى قبض الثمن هو المرتهن لأنه هو العاقد ليرجع الحقوق إليه ولا يكلف
إحضار الرهن لاستيفاء كل دين يكلف استيفاءه لجهة قد جل احتمال الهلاك
وهذا الخلاف إذا قتل رجل العبد الرهن خطأ حتى قضي بالقيمة على عاقلته
ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر كل القيمة لأن القيمة خلف
عن الرهن فلا بد من إحضار كلها كما لا بد من إحضار كل عين الرهن في ما جاز
وما جازت قيمته بفعله وفيما تقدم صار دينا بفعل الراهن فلهذا افترقا ولو أودع
الرهن عند يد العدل وأمر أن يودعه غيره ففعل لم جاز للمرتهن مطالبة دينه لا تكلف
إحضار الرهن لأنه لم يتوثق عليه حيث وضع على يد عدل فلم يكن تسليمه في قدرته
ولو وضعه العدل في يد من في عياله وغاب فطلب المرتهن دينه والذي في يده يقول
أودعني فلان ولا أدري أين هو يجبر الراهن على قضاء الدين لأن إحضار الرهن
ليس على المرتهن لأنه لم يقبض شيئا وكذا إذا غاب العدل بالرهن ولا يدري أين هو
لما قلنا ولو أن الذي أودعه العدل جحد الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على
الراهن بشيء حتى يثبت كونه رهنا لأنه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن

المرتهن فيتحقق استيفاء الدين ولا يملك المطالبة قال وإذا كان الرهن
بيد غير المرتهن
ليس عليه أن يمكنه من بيعه حتى يقضيه الدين لأن حكم الحبس الدائم إلى أن
يقضي الدين على ما بيناه ولو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفي
صورة السداد إذا رهن عبدا أو طيارا بألف درهم ثم قضاه
البقية اعتبارا بحبس المبيع فإذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن إليه لأنه
زال المانع من التسليم لوصول الحق إلى مستحقه ولو هلك قبل التسليم استرد الراهن
ما قضاه لأنه صار مستوفيا عند الهلاك بالقبض السابق فكان الثاني استيفاء
بعد استيفاء فيجب رده وكذلك لو تفاسخا الرهن له جسه ما لم يقبض الدين
أو تبرئه فلا يبطل الرهن إلا بالرد على الراهن على وجه الفسخ لأنه يبقى مضمونا
ما بقي القبض والدين ولو هلك في يد المرتهن إذا كان له وفاء بالدين
استيفاء الرهن وليس للمرتهن أن ينتفع بالرهن لأنه باستخدامه ولا
يستكني ولا لبس إلا أن يأذن له المالك لأن له حق الحبس دون الانتفاع ولا يسكن له
أن يبيع إلا بتسليط من الراهن وليس له أن يؤاجر ويعير لأنه ليس له
ولاية الانتفاع بنفسه فلا يملك تسليط غيره عليه فإن فعل كان متعديا
ولا يبطل عقد الرهن بالتعدي قال وللمرتهن أن يحفظ الرهن بنفسه
وبزوجته وولده وخادمه الذي في عياله قال رضي الله عنه معناه أن
يكون الولد في عياله أيضا وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار كالوديعة
~~وإن حفظه بغيرهم من في عياله أيضا وهذا لأن عينه أمانة في يده فصار~~
~~كالوديعة~~ وإن حفظه بغيرهم من في عياله أو أودعه ضمن وهل يضمن
الثاني فهو على الخلاف وقد بينا جميع ذلك بدلائله في الوديعة وإذا رهن
المرتهن في الرهن ضمنه ضمان الغصب لجميع قيمته لأن الزيادة على مقدار الدين
أمانة والأمانات تضمن بالتعدي ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو
ضامن لأنه متعد بالاستعمال لأنه غير مأذون فيه وإنما الإذن بالحفظ
والنفي واليسرى في ذلك سواء لأن العادة فيه مختلفة ولو جعله في بيته

الاصابع كان رهنا بما فيه لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ وكذا
الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لم يضمن
ولو رهنه سيفين او ثلاثة فتقلد بها لم يضمن في الثلاثة وضمن في السيفين
لان العادة جرت بتقلد السيفين في الحرب ولم تجر بتقلد الثلاثة
فان لبس خاتما فوق خاتم ان كان ممن يتختم يلبس خاتمين ضمن وان كان لا يتختم
بذلك فهو حافظ فلا يضمن واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على الراهن
وكذلك اجرة الحافظ واجرة الراعي ونفقة الرهن على الراهن والاصل ان ما يحتاج
الى اصلاحه الرهن وتبقيته فهو على الراهن سواء كان في الرهن فضل او لم
يكن لان العين باق على ملكه وكذلك منافعه مملوكة له فيكون اصلاحه وتبقيته
عليه لما انه صونه ملكه كما في الوديعة وكذلك مثل النفقة في مأكله ومشربه
واجرة الراعي في معناه لانه علف الحيوان ومن هذا الجنس كسوة الرقيق
واجرة طبيب ولد الرهن وسقي البستان وكري النهر وتلقيح نخيله وجذاذه
والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه او لرد الى يد المرتهن او لرد جزء
منه فهو على المرتهن مثل اجرة الحافظ لان الامساك حقه والحفظ
واجب عليه فيكون بدله عليه وكذلك اجرة البيت الذي يحفظ الرهن فيه
وهذا في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف رحمه الله ان كبر آلة الماء على الراهن
مثل النفقة لانه يسعى في تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق فانه على
المرتهن فانه محتاج الى اعادة يد الاستيفاء التي كانت له لبرده فكان
من مؤنة الرد فيلزمه وهذا اذا كانت قيمة الرهن والدين سواء وان كانت
قيمة الرهن اكثر فعليه بقدر المضمون وعلى الراهن بقدر الزيادة عليه لانه
امانة في يده والرد الى عادة اليه ويده في الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع
فيه فلهذا يكون على المالك وهذا بخلاف اجرة البيت الذي ذكرناه فان كلها
تجب على المرتهن وان كان في قيمة الرهن فضل لان وجوب ذلك بسبب

الحبس حق الحبس في الكل ثابت له فاما الجعل انما يلزم لاجل الضمان فيتقدر
بقدر المضمون ومداواة الجراح والقروح ومعالجة الامراض والفداء
من الجناية تنقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن خاصة لانه من
مؤن الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل
الرهن في الباقي لان وجوبه لا ينافي ملكه بخلاف الاستحقاق وما اداه
احدهما مما وجب على صاحبه فهو متطوع وما انفق احدهما مما يجب
على الآخر بامر القاضي رجع عليه كان صاحبه امره به لان ولاية القاضي
عامة وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يرجع اذا كان صاحبه حاضرا وان كان
بامر القاضي وقال ابو يوسف رحمه الله يرجع في الوجهين وهي فرع مسألة الحجر والله اعلم

باب ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز

وما لا يجوز رهنه المشاع وقال الشافعي رحمه الله يجوز ولنا فيه وجهان
احدهما يبتني على حكم الرهن فانه عندنا ثبوت يد الاستيفاء وهذا لا يتصور
فيما تناوله العقد وهو المشاع وعنده الشيوع يقبل فما هو الحكم عنده
وهو تعيينه للبيع والثاني ان موجب الرهن هو الحبس الدائم لانه لم يشرع الا
مقبوضا بالنص او بالنظر الى المقصود منه وهو الاستيفاء من الوجه الذي
ذكرنا وكل ذلك يتعلق بالدوام ولا يفضي اليه الا باستحقاق الحبس ولو جوزناه
في المشاع يفوت الدوام لانه لا بد من المهايأة فيصير كما اذا رهنت نصفا
وبوغا لا ولهذا لا يجوز فيما يحتمل القسمة وما لا يحتمل بخلاف الهبة حيث يجوز
فيما لا يحتمل القسمة لان الشائع في الهبة غير ممتنع القسمة وهو فيما تقسم اقامة
حكم الهبة الملك والمشاع يقبله وهنا الحكم ثبوت يد الاستيفاء والمشاع لا
يقبله وان كان لا يحتمل القسمة لا يجوز من شريكه لانه لا يقبل حكمه على الوجه
الاول وعلى الوجه الثاني يسكن يوما لحكم الملك ويوما لحكم الرهن فيصير
كانه رهن يوما ويوما لا والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل

وعن ابي يوسف رحمه الله انه لا يمنع لان البقاء ابسهل من الابتداء وجه الاول
ان الامتناع لعدم المحل وما يرجع اليه فالابتداء والبقاء سواء كالجزية
في باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع يقبل حكمها وهو الملك واعتبار القبض
في الابتداء لنفي الغرامة على ما سنبينه ولا حاجة الى اعتباره في حالة البقاء
ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة ولا يجوز فسخ العقد في بعض الرهن
قال ولا رهن ثمرة على رؤس النخيل دون النخيل ولا زرع الارض دون الارض
ولا رهن النخيل والارض دونها لان المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة
فكان في معنى الشايع وكذا اذا رهن الارض دون النخيل او دون الزرع او
النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فيصير الاجل ان المرهون اذا
كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لا يمكن قبض المرهون وحده وعن
ابي يوسف رحمه الله ان رهن الارض دون الشجر جايز لان الشجر اسم للنابت فيكون
استثناء الاشجار عن موضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء
اسم للمبني فيصير راهنا جميع الارض وهي مشغولة بملك الراهن ولو رهن
النخيل بمواضعها جاز لان رهن بقعة بمجاورة وهي لا تمنع الصحة ولو كان فيه ثمر يدخل
في الرهن لانه تابع لاتصاله به فيدخل تبعا كما يدخل للعقد بخلاف البيع لان
بيع النخيل دون الثمر جايز ولا ضرورة الى ادخاله من غير ذكره وبخلاف
المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما
وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع لما ذكرنا في
الثمرة ويدخل البناء والغرس في رهن الدار والارض والقرية لما ذكرنا ولو
رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضها ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن
عليه وجب بقدر حصته والا بطل كله لان الرهن جعل كانه ما ورد الا
على الباقي ويمنع التسليم الراهن او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه
في الوعاء المرهون ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل عليها فلا يتم حتى

يلقي الحمل لانه شاغل لها بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا
اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة به فصار كما اذا رهن متاعا في دار
او وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة او لجاما
في راسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى
ينزعه منها ثم تسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخل حتى
قالوا يدخل فيه من غير ذكر قال ولا يصح الرهن بالامانات كالودايع
والعواري والمضاربات ومال الشركة لان القبض في باب الرهن قبض
مضمون فلا بد من ضمان ثابت ليقع القبض مضمونا ويتحقق استيفاء
الدين منه وكذلك لا يصح بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البايع
لان الضمان ليس بواجب فانه اذا هلك العين لم يضمن البايع شيئا لكنه
يسقط الثمن وهو حق البايع فلا يصح الرهن فاما الاعيان المضمونة بعينها
وهو ان يكون مضمونا بالمثل او بالقيمة عند هلاكه مثل المغصوبة وبدل
الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد يصح الرهن بها لان الضمان
متقرر فانه ان كان قائما وجب تسليمه ولو كان هالكا يجب قيمته فكان
رهنا بما هو مضمون فيصح قال والرهن بالدرك باطل والكفالة بالدرك
جايزة والفرق للاستيفاء والاستيفاء قبل الوجوب واضافة القلب الى زمان
المستقبل لا يجوز اما الكفالة لالتزام المطالبة والتزام الافعال يصح
مضافا الى المآل كما في الصوم والصلوة ولهذا يصح الكفالة بما ذاب
له على فلان ولا يصح الرهن به فلو قبضه قبل الوجوب فهلك عنده يهلك
امانة لانه لا عقد حينئذ فيقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموجود وهو ان
يقول رهنتك هذا لتقرضني الف درهم وهلك في يد المرتهن حيث يهلك
بما يسمى من المال مقابلته لان الموجود جعل كالموجود باعتبار الحاجة ولانه
مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض

فيه وقال رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وهذا استبدال لعدم المجانسة
وبان الاستبدال فيها مسدود ولنا ان المجانسة باعتبار المالية فيتحقق
من حيث المال وهو المضمون بنفسه فان هلك ذهب بغير شيء لانه لا اعتداد
للباطل بقي قضاء دينه وان هلك الرهن بثمن الصرف او بأس مال السلم في
مجلس العقد تم الصرف والسلم وصار المرتهن مستوفيا لتحقق القبض
حكما وان افترقا قبل هلاك الرهن بطل لفوات القبض حقيقة وحكما وان
هلك الرهن المسلم فيه بطل السلم بهلاكه ومعناه انه يصير مستوفيا للسلم
فيه فلم يبق السلم ولو تفاسخا السلم والمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا بالثمن
المال حتى يحبسه لانه بدله قضاء كالمغصوب اذا هلك وان رهن يكون رهنا بقيمته
ولو هلك الرهن بفعل الراهن يهلك بالطعام المسلم فيه وان كان محبوسا بغيره
كمن باع عبدا وسلم المبيع واخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له ان يحبسه
اخذا للمبيع لان الثمن بدله ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لما بينا وكذلك
لو اشترى عبدا شراء فاسدا وادى قيمته له ان يحبسه ليستوفي الثمن ثم لو هلك
المشترى في يد المشتري هلك بقيمته وكذا هذا قال ولا يجوز رهن الحر والمدبر
والمكاتب وام الولد لان حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء ولا يتحقق يد الاستيفاء
من حيث المالية لعدم المالية في الحر وقيام المانع في الباقين ولا يجوز الرهن
بالكفالة بالنفس وكذا بالقصاص في النفس وما دونه لتعذر الاستيفاء بحال
ما اذا كانت الجناية خطأ لان الاستيفاء من الآدمي ممكن ولا يجوز بالشفعة
لان المبيع غير مضمون على المشتري ولا بالعبد الجاني والعبد المديون
لانه غير مضمون على المولى فانه لو هلك لا يجب عليه شيء ولا باجرة النائحة
والمغنية حتى لو ضاع لم يكن مضمونا لانه لا يقابله شيء مضمون ولا يجوز
للمسلم ان يرهن خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي لتعذر الايفاء والاستيفاء

في حق المسلم ثم الراهن ان كان ذميا فالخمر مضمون عليه للذمي كما اذا غصبه
وان كان المرتهن ذميا لم يضمنها للمسلم كما لا يضمنها بالغصب بخلاف ما
اذا جرى ذلك فيما بينهم لانها مال في حقهم اما الميتة فليست بمال عندهم فلا يجوز
رهنه وارتهانه فيما بينهم كما لا يجوز فيما بين المسلمين قال ولو اشترى عبدا
ورهن به رهنا او اشترى خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر العبد حرا والخل خمرا والشاة
ميتة فالرهن مضمون لانه رهنه بدين واجب ظاهرا وكذا اذا قبل عبدا او
رهن بقيمته رهنا ثم ظهر انه حر وهذا كله ظاهر الرواية وكذا اذا صالح
عن انكار ورهن بما صالح عليه رهنا ثم تصادقا ان لا دين فالرهن مضمون
وعن ابي يوسف رحمه الله خلافه وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه قال ولحق
الاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير لانه كملك الايداع وهذا انظر
في حق الصبي منه لان قيام المرتهن بحفظه ابلغ في حيفة الغرامة ولو هلك
يهلك مضمونا والوديعة يهلك امانة والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب
لما بيناه وعن ابي يوسف وزفر رحمهما الله انه لا يجوز لكل منهما وهو القياس
اعتبارا بحقيقة الايفاء وجه الفرق على الظاهر وهو استحسان ان في حقيقة
الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي نصب حافظ
لماله ناجزا مع بقاء ملكه فوضح الفرق واذا جاز الرهن يصير المرتهن
مستوفيا دينه لو هلك في يده ويصير الاب او الوصي موفيا له ويضمن الصبي
لانه قضى دينه بماله وكذا لو سلطا المرتهن على بيعه لانه لو كان بالبيع وهما
يملكانه قالوا في هذه المسألة البيع فان الاب او الوصي اذا باع مال الصبي
من غريم نفسه جاز ويقع المقاصة ويضمن الصبي عندهما وعند ابي
يوسف رحمه الله لا يقع المقاصة وكذلك وكيل البائع بالبيع والرهن يطير
البيع نظرا الى عاقبته من حيث وجوب الضمان واذا رهن الاب من نفسه او
من ابنه صغيرا وعبده تاجرا دينا جاز لان الاب لو خوف سفينة

انه منزله شخصين واقيم عبارته مقام عبارتين في هذا العقد كما في بيعه
مال الصغير من نفسه فتولى طرفي العقد ولو ارتهنه الوصي من نفسه
او من غيره بدراهم عينها له من اليتيم بحق لليتيم عليه لم يجز لانه وكيل بحفظ
والواحد لا يتولى طرفي العقد في الرهن كما لا يتولاهما في البيع وهو قاصر الشفقة
فلا يعدل عن الحفظ في حقه الى الحاق الاب والرهن من ابنه الصغير ومن عبده
التاجر الذي ليس عليه دين بمنزلة الرهن من نفسه بخلاف ابنه الكبير وعبده
وعبده الذي عليه دين لانه لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع اذا باع من
هؤلاء لانه متهم فيه ولا تهمة في الرهن لانه حكما واحدا وان استدان
الوصي لليتيم في كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز لان الاستدانة
جائزة للحاجة والرهن يقع ايفاء للحق فيجوز وكذلك لو اجر لليتيم وان رهن
او رهن لان الاولى له الخيار تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان
والرهن لانه ايفاء واستيفاء واذا رهن الاب متاع الصغير فاهلك
الرهن ومات الاب ليس للابن ان يرده حتى يقضي الدين لوقوعه لازما من جانبه
اذ تصرف الاب لصغيره يصرفه بنفسه بعد البلوغ لقيامه مقامه ولو
كان الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن رجع به في مال الاب لانه مضطر فيه
لحاجته الى احياء ملكه فاشبه تعمير الرهن وكذلك اذا هلك قبل ان يفكه
لان الاب يصير قاضيا دينه بماله فله ان يرجع عليه ولو رهنه بدين
على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على امرين جائزين فان هلك
ضمن الاب حصته من ذلك للولد لتأدية دينه من ماله بهذا المقدار
وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن للاب اب ووصي الاب ولو رهن
الوصي متاعا لليتيم في دين استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره
الوصي لحاجة اليتيم فضاع في يد الوصي فانه خرج من الرهن وهلك
مال اليتيم لان فعل الوصي كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعاره

لحاجة الصبي والحكم فيه هذا على ما نبينه ان شاء الله تعالى والمال دين على
الوصي معناه هو المطالب به ثم يرجع بذلك على الصبي لانه غير متعد في
هذه الاستعارة اذ هي لحاجة الصبي ولو استعار لحاجة نفسه ضمنه
للصبي لانه متعد اذ ليس له ولاية الاستعمال في حاجة نفسه ولو غصبه
الوصي بعد ما رهنه واستعمله لحاجة نفسه حتى هلك عنده فالوصي ضامن
لقيمته لانه متعد في حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفي حق الصبي بالاستعمال
في حاجة نفسه فيقضي به الدين ان كان قد حل وان كان قيمته مثل الدين اداه
الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم لانه وجب لليتيم عليه مثل ما وجب له على
اليتيم فالتقيا قصاصا وان كانت قيمته اقل من الدين اداه الى المرتهن
واداه الزيادة من مال اليتيم لان المضمون عليه قدر القيمة لا غير
ولو كانت قيمته اكثر من الدين اداه الى المرتهن والفضل لليتيم
وان كان لم يحل الدين فالقيمة رهن لانه بضمان المرتهن بفوت حقه المحترم
فيكون رهنا عنده ثم اذا حل الاجل كان الجواب على التفصيل الذي
فصلنا ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير حتى هلك في يده يضمنه
لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير لان استعماله لحاجة الصغير ليس
بتعد وكذا الاخذ لان له ولاية اخذ مال اليتيم ولهذا قال في كتاب
الاقرار اذا اقر الاب او الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا
يتصور غصبه لما ان له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن
يأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد
بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل
الدين اخذ دينه منه ويرجع الوصي على الصبي بذلك لما ذكرنا قال
ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل والموزون لانه يتحقق الاستيفاء
منه فكان محلا للرهن فان رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا

في الجودة لانه لا تعتبر بالجودة عند المقابلة بجنسها وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله لان عنده يصير مستوفيا باعتبار الوزن دون القيمة وعندهما
يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه وفي الجامع الصغير
وان رهن بربح فضة وزنه عشرة بعشرة فضاع فهو لما قبضه قال رضي
الله عنه معناه ان يكون قيمته مثل وزنه او اكثر هذا الجواب في الوجهين
بالاتفاق لان الاستيفاء عنده باعتبار الوزن وعندهما باعتبار القيمة
وهي مثل الدين في الاول وزيادة عليه في الثاني فيصير بقدر الدين مستوفيا
فان كانت قيمته اقل من الدين فهو على الخلاف المذكور اما انه لا وجه الى
الاستيفاء بالوزن لما فيه من الضرر بالمرتهن ولا الى اعتبار القيمة لانه
يؤدي الى الربوا فصرنا الى التضمين بخلاف الجنس لينتقض القبض ويجعل
كانه لم يتملكه وله ان الجودة ساقطة العبرة في اموال الربوا عند
المقابلة بجنسها واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا تجوز به وقد حصل الاستيفاء
بالاجماع ولهذا يحتاج الى نقضه ولكن نقضه بالجانب الضمان لانه
لا بد له من مطالب ومطالبه وكذا الانسان لا يضمن ملك نفسه
فيتعذر التضمين بتعذر النقض وفصل هذه قريبة ما اذا استوفى
الزيوف مكان الجياد فهلكت ثم علم بالزيافة وهو معروف عيوان البناء
لا يصح على ما هو المشهور ان محمدا رحمه الله فيها مع ابي حنيفة رحمه الله وفي
هذا مع ابي يوسف والفرق لمحمد انه قبض الزيوف ليستوفي من عينها والزيافة
لا تمنع الاستيفاء وقد تم بالهلاك وقبض الرهن ليستوفي من محل آخر فلا يتم
من نقض القبض وقد امكن عنده بالتضمين ولو انكسر الاربوق ففي الوجه
الاول وهو ما اذا كانت قيمته مثل وزنه عند ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله لا يجبر على الفكاك لانه لا وجه الى ان يذهب شيء من الدين لانه يصير
قاضيا دينه بالجودة على الانفراد ولا الى ان يفكه مع النقصان لما فيه

من ضرر

من ضرر مخيرا ان شاء افتكه بما فيه وان ضمنه قيمته من جنسه او من خلاف
جنسه ويكون رهنا عند المرتهن والمكسور للمرتهن بالضمان وعند محمد
رحمه الله ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين لاعتبار الحالة
الانكسار لحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا صار بمنزلة
الهلاك وفي الهلاك الحقيقي مضمون بالدين بالاجماع فكذا فيما هو في معناه
ولنا الاستيفاء عند الهلاك بالمالية وطريقه ان يكون مضمونا بالقيمة
لم يقع المقاصة وفي جعله بالدين اغلاق الرهن وهو حكم حاملي فكان
التضمين بالقيمة اولى وفي الوجه الثالث وهو ما اذا كانت قيمته اقل
من وزنه ثمانية يضمن قيمته حيثما من خلاف جنسه او ردئا من جنسه
ويكون رهنا عنده وهذا بالاتفاق اما عندهما ظاهر وكذا عند محمد رحمه الله
لانه يعتبر حالة الانكسار لحالة الهلاك والهلاك عنده بالقيمة وفي الوجه
الثاني وهو ما اذا كانت قيمته اكثر من وزنه اثني عشر عند ابي حنيفة رحمه الله
يضمن قيمته ويكون رهنا عنده لان العبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة
فان كان اعتبار الوزن تعمل كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وهذا
لان الجودة تابعة للذات ومتى صار الاصل مضمونا استحال ان يكون التابع
امانة وعند ابي يوسف رحمه الله يضمن خمسة اسداس قيمته ويكون
اسداس الاربوق له بالضمان وسدسه نفوذ حتى لا يبقى الرهن شائعا ويكون
مع قيمة خمسة اسداس المكسور رهنا فعنده تعتبر الجودة والرداءة ويجبر
زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثنا عشر وهذا لان الجودة متقومة
في ذاتها حتى تعتبر عند المقابلة بخلاف جنسها وفي تصرف المرتهن وان كانت
لا تعتبر عند المقابلة بجنسها سعا فامكن اعتبارها وفي بيان قول محمد
رحمه الله نوع طول يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها
قال ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز استحسانا

والقياس يأبى الجواز وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باع على ان يعطيه
كفيلا معينا جاز في المجلس فقيل وجه القياس انه صفقة في صفقة
وهو منهي عنه ولانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما و
مثله يفسد البيع وجه الاستحسان انه شرط ملائم للعقد لان الكفالة و
الرهن للاستيثاق وانه يلائم الوجوب فاذا كان الكفيل حاضرا في
المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعنى وهو ملائم فصح العقد واذا
لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا او كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يصح
معنى الكفالة والرهن للجهالة فبقي الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان غائبا
فحضر في المجلس وقبل صح فلو امتنع المشتري عن تسليم الرهن لم يجبر عليه
وقال زفر رحمه الله يجبر لان الرهن اذا شرط في البيع صار حقا من حقوقه
كالوكالة المشروطة في الرهن فيلزم بلزومه ونحن نقول الرهن عقد
تبرع من جانب الراهن على ما بيناه ولا جبر على التبرعات ولكن البائع
بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب
فيه وما رضي الا به فيتخير بفواته الا ان يرفع المشتري الثمن حالا لحصول المقصود
او يدفع قيمة الرهن رهنا لان بدل الاستيفاء يسد مسد المعنى وهو القيمة
قال ومن اشترى ثوبا بدراهم فقال البائع امسك هذا الثوب حتى
اعطيك الثمن والثوب رهن لانه اتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى
وقت الاعطاء والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل
حوالة والحوالة في ضد ذلك كفالة وقال زفر رحمه الله لا يكون رهنا ومثله عن
ابي يوسف رحمه الله لان قوله امسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني اقلهما
فمقتضى ثبوته بخلاف ما اذا قال امسكه بدينك او بما لك لانه لما قابله بالدين
فقد عين جهة الرهن فلما لم يقابله الى الاعطاء علم ان مراده الرهن والله اعلم
فصل ومن رهن عبدين بالف درهم فقضى حصة احدهما لم يكن له

ان يقبضه حتى يؤدي باقي الدين وحصة كل واحد منهما بحصته اذا قسم
الدين على قيمتهما وهذا لان الرهن محبوس بكل الدين فيكون محبوسا
بكل جزء من اجزائه فيتبعه في جزء على قضاء الدين فصار كالمبيع في
يد البائع وان سمى لكل واحد من اعيان الرهن شيئا من المال الذي
رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل وفي الزيادات انه ان
يقبضه اذا ادى ما سمى له وجه الاول ان العقد متحد لا يتفرق
بتفرق التسمية كما في البيع وجه الثاني انه لا حاجة الى الاتحاد لان
احد العقدين لا يصير مشروطا في الآخر الا يرى انه لو قبل الرهن
في احدهما جاز فان رهن عينا واحدة بحق رجلين بدين لكل
واحد منهما عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما لان الرهن
اسم لجميع العين في صفقة واحدة ولا شيوع فيه وموجبه
صيرورته محتبسا بالدين وهذا مما لا يقبل التجزي فيصار
محبوسا بكل واحد منهما وهذا بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز
عند ابي حنيفة رحمه الله فان وهبا نصيبا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل
في الآخر فان هلك المضمون على كل واحد منهما حصته لان عند الهلاك
يصير كل واحد منهما مستوفيا حصته اذ الاستيفاء مما يتجزى
قال فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في بدل الآخر لان جميع العين
رهن في يد كل واحد منهما من غير تفريق وعلى هذا اذا جنى المبيع اذا
اجتنى احد المشتريين حصته قال وان رهن رجلان بدين عليهما
رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن ان
يمسكه حتى يستوفي جميع الدين لان قبض الرهن يحصل في الكل من
غير شيوع فان اقام الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه
رهنه عبده الذي في يديه وقبضه فهو باطل لان كل واحد منهما اثبت

بيّنته انه رهنه كلّ العبد ولا وجه الى القضاء بكلّ واحد بالكلّ لان
العبد الواحد يستحيل ان يكون كلّه رهنا لهذا وكلّه رهنا لذلك في حالة
واحدة ولا الى القضاء بكلّه لواحد بعينه لعدم الاولويّة ولا الى القضاء
بكلّ واحد منهما بالنصف لانه يؤدّي الى الشيوع فتعذّر العمل بهما
وبعين التهاتر ولا يقال انه يكون رهنا لهما كانّهما ارتهناه معا اذ
جهل التاريخ بينهما وجعل في كتاب الشهادات هذا وجه الاستحسان
لانا نقول هذا عمل على خلاف اقتضته الحجّة لان كلّا منهما اثبت
بيّنته حقّا يكون وسيلة الى حبسه في الاستيفاء وهذا القضاء
يثبت حبسا يكون وسيلة الى حبسه في الاستيفاء وليس هذا عملا على
وفق الحجّة وما ذكرناه وان كان قياسا لكن محمد رحمه الله اخذ به لقوّته
واذا وقع باطلا فلو هلك يهلك امانة لان الباطل لا حكم له قال ولو ماتا
الراهن والعبد في ايديهما فاقام كلّ واحد منهما البيّنة على وضعهما كلّ
في يد كلّ واحد منهما نصفه رهنا ببيعه بحقّه استحسانا وهو قول ابي
حنيفة ومحمد رحمهما الله وفي القياس هذا باطل وهو قول ابي يوسف رحمه الله لان القياس
الرهن وانه باطل للشيوع كما في حالة الحيوة وجه الاستحسان انه
لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه في حالة الحيوة الحبس والشيوع
يضرّه وبعد الممات له استيفاء بالبيع في الدين والشياع لا يضرّه وصار
كما اذا ادّعى رجلان نكاح امرأة او تزوّجت الاختان النكاح على رجل واقاموا
البيّنة تهاتروا في حالة الحيوة وتقضى بالميراث بينهم بعد الممات لانه
يقبل الانقسام والله اعلم

باب الرهن يوضع على يدي العدل

قال واذا اتفقا
على وضع الرهن على يد عدل جاز وقال مالك رحمه الله لا يجوز ذكر

قوله في بعض النسخ لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع العدل عليه عند
الاستحقاق فانعدم القبض ولنا ان يده على الصورة يد المالك في الحفظ
اذا العين امانة في يده وفي حق المالية يد المرتهن فنزل منزلة الشخصين
تحقيقا لما قصداه من الرهن وانما يرجع العدل على مالكه في الاستحقاق لانه
نائب عنه في حفظ العين كالمودع قال وليس للمرتهن ولا للراهن
ان ينازعه لتعلّق حق الراهن في الحفظ بيده وامانته وتعلّق حق المرتهن
به استيفاء فلا يملك احدهما ابطال حق الآخر فلو هلك في يده هلك في ضمان
المرتهن لان يده في حق المالية يد المرتهن وهي المضمونة ولو دفع العدل
الى الراهن او المرتهن ضمن لانه مودع الراهن في حق العين ومودع
المرتهن في حق المالية واحدهما اجنبي عن الآخر والمودع يضمن
بالدفع الى الاجنبي واذا ضمن العدل قيمة الرهن بعدما دفع الى احدهما
وقد استهلكه المدفوع اليه او هلك في يده لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا
في يده لانه يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف لكن يتفقان على ان يأخذها
منه ويجعلاها رهنا عنده او عند غيره وان تعذّر اجتماعهما يرفع
احدهما الى القاضي ليفعل ذلك ولو فعل ذلك ثم قضى الراهن الدين
وقد ضمن العدل القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة له لوصول
المرهون الى الراهن ووصول الدين الى المرتهن ولا يجتمع البدل
والمبدل في ملك واحد وان كان ضمينا بالدفع الى المرتهن والراهن يأخذ
القيمة منه لان العين لو كان قائما في يده يأخذه اذا ادّى الدين
فكذلك يأخذ ما قام مقامه ولا جمع فيه بين البدل والمبدل قال
واذا وكّل الراهن المرتهن او العدل او غيرهما ببيع الرهن عند حلول
الدين فالوكالة جائزة لانه توكيل ببيع ماله وان شرطت في عقد الرهن
فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل لانها لما شرطت في
ضمن عقد

الرهن صار وصفاً من أوصافه وحقاً من حقوقه الا يرى انه لزيادة الوثيقة
فيلزم بلزوم اصله ولانه تعلق به حق المرتهن وفي العزل ابطال حقه وصار
كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي ولو وكله بالبيع مطلقا حتى يملك البيع
بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه لانه لازم باصله
فكذا بوصفه لما ذكرنا وكذا اذا عزله المرتهن لا يعزل لانه لم يوكله وانما
وكله غيره وان مات الراهن لم ينعزل لان الرهن لا يبطل بموته ولانه لو
بطل انما يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم ثالث وللوكيل ان
يبيعه بغير محضر من الورثة كما يبيعه في حال حيوته بغير محضر منه وان مات
المرتهن فالوكيل على وكالته لان العقد لا يبطل بموتهما ولا يكون احدهما
فبقي بحقوقه واوصافه وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه
ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا تجري فيها الارث ولان الموكل رضي برايه لا
براي غيره وعن ابي يوسف رحمه الله ان وصي الوكيل يملك بيعه لان الوكالة
لازمة فيملك الوصي كالمضارب اذا مات بعدما صار راس المال اعيانا فلما التوكيل حق لازم لكن
عليه والارث يجري فيما له بخلاف المضاربة لانها حق المضارب وليس للمرتهن
ان يبيعه الا برضا الراهن لانه ملكه وما رضي ببيعه وليس للراهن ان يبيعه
الا برضا المرتهن لان المرتهن احق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على
تسليمه بالبيع فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان
يبيعه والراهن غائب اجبر على بيعه لما ذكرنا من الوجهين في لزومه وكذلك
الرجل يوكل غيره بالخصومة وغاب الموكل فابى ان يخاصم اجبر على الخصومة
للوجه الثاني لان فيه ايفاء الحق بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه
فلا يتوى حقه اما المدعي لا يقدر على الدعوى والمرتهن لا يملك بيعه فلو لم
التوكيل مشروطا في عقد الرهن وانما شرط بعده قيل لا يجبر احتياطا

اعتبارا للوجه الاول وقيل يجبر رجوعا الى الوجه الثاني وهذا اصح وهو الى
رجحه ان الجواب في الفصلين واحد ويؤيده اطلاق الجواب في الجامع الصغير
وفي الاصل واذا باع العدل الرهن فقد خرج من الرهن والثمن قائم مقامه
فكان رهنا وان لم يقبض بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا واذا توى كان
مال المرتهن لبقاء عقد الرهن في الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون والهلاك
اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية
وان كان بدل الدم فاخذ حكم ضمان المال في حق المستحق فيبقى عقد الرهن
وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول حكما وجزاء قال وان
باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل
كان الخيار ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي
اعطاه ليس له ان يضمن غيره وكشف هذا ان المرهون المبيع اذا استحق
اما ان يكون هالكا او قائما ففي الوجه الاول ان المستحق بالخيار ان شاء ضمن
الراهن قيمته لانه غاصب في حقه وان ضمن العدل لانه منعه حقه بالبيع
والتسليم فان ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لانه ملكه باداء الضمان
فيتبين انه امره ببيع ملك نفسه وان ضمن البائع نفذ البيع ايضا لانه ملكه
باداء الضمان فيتبين انه باع ملك نفسه واذا ضمن العدل والعدل الجاد ان شاء
رجع على الراهن بالقيمة لانه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه
من العهدة ونفذ البيع وصح الاقتضاء فلا يرجع المرتهن عليه بشيء من
دينه وان شاء رجع على المرتهن بالثمن لانه تبين انه اخذ الثمن بغير حق لانه
ملك العبد باداء الضمان ونفذ بيعه عليه فصار الثمن له واما اذا كان
على حسبان انه ملك الراهن واذا تبين انه ملكه لم يكن باضيا به فله ان يرجع
به عليه واذا رجع بطل الاقتضاء ويرجع المرتهن على الراهن بدينه وفي الوجه
الثاني وهو ان يكون قائما في يد المشتري فالمستحق ياخذه من يده لانه

وحد عين ماله ثم للمشتري ان يرجع على العدل بالثمن لانه العاقد فيتعلق
به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب التسليم وانما اذن له ليسلم
لانه المبيع ولم يسلم ثم العدل المختار ان شاء رجع على الراهن بالقيمة لانه
هو الذي ادخله في الغرور فيجب عليه تخليصه واذا رجع عليه صح قبض
المرتهن لان المقبوض سلم وان شاء رجع على المرتهن لانه اذا انتقض العقد
بطل الثمن وقد قبضه لنا فيجب نقض قبضه ضرورة واذا رجع عليه و
انتقض قبضه عاد حقه في الدين كما كان فيرجع به على الراهن ولو ان
المشتري سلم الثمن الى المرتهن لم يرجع على العدل لانه في البيع عامل
للراهن وانما يرجع عليه اذا قبض ولم يقبض وفي الضمان على الموكل ولو كان
التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من الغرامة
يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن ام لا لانه لم يتعلق بهذا التوكيل حق
المرتهن فلا رجوع كما في الوكالة المفردة عن الرهن اذا باع الوكيل ودفع
الثمن الى من امره الموكل ثم لحقته غرامة لا يرجع به على المقتضي بخلاف
الوكالة المشروطة في العقد لانه تعلق به حق المرتهن فيكون البيع لحقه
وقد سلم له ذلك فان رضي الله عنه هكذا ذكر الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى حبس
هذا الوكيل على البيع وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم
استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن المرتهن
لان كل واحد منهما متعد في حقه بالتسليم او بالقبض فان ضمن الراهن
فقد مات بالرهن لانه ملكه باداء الضمان وصح الايفاء وان ضمن المرتهن
يرجع على الراهن بما ضمن من القيمة وبدينه اما بالقيمة فلانه مغرور من جهته
الراهن واما بالدين فلانه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فان قيل
لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك المضمون
ثبت له قرار الضمان بتبين انه رهن ملك نفسه فصار كما اذا ضمن

المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن في جانب القاضي والجواب عنه انه
يرجع عليه بسبب الغرور والغرور بالتسليم كما ذكرناه او بالانتقال من المرتهن
اليه كانه وكيله منه والملك بكل ذلك متاخر عن عقد الرهن بخلاف الوجه الاول
لان المستحق يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه
فتبين انه رهن ملك نفسه وقد بلغنا الكلام في كفاية المنتهى والله اعلم

باب التصرف في الرهن وما

الجناية عليه وجنايته على غيره

اذن المرتهن في البيع موقوف لتعلق حق الغير به وهو المرتهن فيتوقف على
اجازته وان كان الراهن تصرف في ملكه كمن اوصى بجميع ماله يقف على
اجازة الورثة فيما زاد على الثلث لتعلق حقهم به فان اجاز المرتهن جاز
لان التوقف لحقه وقد رضي بسقوطه وان قضاه الراهن دينه جاز ايضا
لانه زال المانع من النفوذ والمقتضي موجود وهو التصرف الصادر من
اهله في المحل فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الى بدله هو الصحيح
لان حقه تعلق بالمالية والبدل له حكم المبدل وصار كالعبد المديون اذا
بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل لانهم رضوا بالانتقال دون السقوط
راسا فكذا هذا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن
الرهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك
له ان يجيزه وله ان يفسخ وفي اصح الروايتين لا ينفسخ لانه لو ثبت حق الفسخ
له انما ثبت ضرورة صيانة حقه وحقه في الحبس لا يبطل بانعقاد هذا العقد فبقي
موقوفا فان شاء المشتري صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذا العجز على شرف
الهلاك وان شاء رفع الامر الى القاضي والقاضي لم ينفسخ لقوة القدرة على
التسليم وولاية الفسخ الى القاضي لا اليه وصار كما اذا ابق العبد المشتري
قبل القبض فانه تخير المشتري لما ذكرنا كذا هنا ولو باعه الراهن من رجل

ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته
لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع
الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم آجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز
المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول والفرق أن المرتهن ذو حظ من
البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به
أما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة
بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته منه
إسقاطا لحقه وزال المانع فنفذ البيع الأول ووضح الفرق ولو أعتق الراهن
عبده المرهون نفذ عتقه وفي بعض أقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ إذا كان المعتق
معسرا لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن وأشبه البيع بخلاف ما إذا كان
موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين
وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها إقامة
تقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب لعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه
بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق
الآبق أو المغصوب ولأن حقه في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض
الرهن لا ينفي عن ذوات القيم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه بزوال
ملك المرتهن في الثمن بناء عليه كإعتاق العبد المشتري بل أولى لأن
ملك الرقبة أقوى من ملك الثمن فلما لم يمنع الأعلى لم يمنع الأدنى بطريق
الأولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم
وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤدي إلى إداء السعاية
عند أبي حنيفة رضي الله عنه فإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله
ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا والدين حال طولب بأداء الدين
لأنه لو طولب بأداء القيمة يقع بقدر الدين فلا فائدة فيه وإن كان الدين

موجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأن سبب
الضمان متحقق وفي التضمين فائدة فإذا حل الأجل اقتضاه بحقه إذا كان
جنس حقه ورد الفضل وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به
الدين لأن إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى حقه من جهة المعتق
يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان وإن رضي الله عنه
وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل فيذكره إن شاء الله
تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه
بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الإعتاق لأنه
يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما سعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله و
هو ما يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كغير الرهن ثم أبو حنيفة
رحمه الله أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي الإيسار والإعسار
وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن الثابت للمرتهن حق الملك وإنه أدنى من
حقيقته الثابت للشريك الساكت فوجبت السعاية هنا في حالة واحدة
إظهارا لنقصان رتبته بخلاف المشتري قبل القبض إذا أعتقه المشتري
حيث لا يسعى للبائع إلا رواية عن أبي يوسف رحمه الله والمرهون يسعى لأن
حق البائع في الحبس أضعف لأن البائع لا يملكه في الآخرة ولا يستوفي من
عينه وكذلك يبطل حقه في الحبس بالإعارة من المشتري والمرتهن ينقلب حقه
ملكا ولا يبطل حقه بالإعارة من الراهن حتى يمكنه الاسترداد فلو أوجبنا السعاية
فيهما لسوينا بين الحقين وذلك لا يجوز ولو أقر المولى برهن عبده بأن قال لمرتهنك
عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه يجب السعاية عند أبي حنيفة خلافا لزفر رحمه الله وهو يعتبر
بإقراره بعد العتق ونحن نقول إقراره تعلق الحق في حال يملك التعليق فيه لقيام
ملكه فيصح بخلافه بعد العتق لأنه حال انقطاع الولاية فالمولى لو دبره
الراهن صح تدبيره لا تعلق عندنا ظاهر وكذا عند زفر لأن التدبير لا يمنع البيع

على اصله ولو كانت امة فاستولدها الراهن صح الاستيلاد بالاتفاق لانه
يصح بادنى الخصوص وهو ملك الاب في جارية الابن فيصح بالاولى ولذا صحح حاجز من الرهن
لبطلان الحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منها فان كان الراهن موسرا صحح
فيمتها على التفصيل الذي ذكرناه في الاعتاق وان كان معسرا استسعى
المرتهن المدبر وام الولد في جميع الدين ان كسبها مال المولى بخلاف المعتق
حيث يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة ان كسبه حقه والمحتبس عنده ليس
الا قدر القيمة فلا تزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا يلزمه الزيادة ولا
يرجعان بما يؤديان على المولى بعد يساره لانهما اديا من مال المولى والمعتق
يرجع لانه ادى ملكه عنه وهو مضطر على ما مر وقيد الدين اذا كان موجلا يسعى
المدبرة قيمته لانه عوض الرهن حتى يحتبس مكانه فيتقدر بقدر العوض بخلاف
ما اذا كان حالا لانه يقضي به الدين ولو اعتق الراهن المؤجر وقد قضى عليه
بالسعاية ام لم يقض لم يسع الا بقدر القيمة ان كسبه بعد العتق ملكه وما
اداه قبل العتق لا يرجع به على مولاه لانه اداه من مال المولى قال وكذلك
لو استهلكه الراهن لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف والضمان رهن
في يد المرتهن لقيامه العين فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في
فيأخذ القيمة ويكون رهنا في يده لانه اخذ بعين الرهن حال قيامه فكذا في
الاستيداد ما قام مقامه ولو اخذ على هذا المستهلك قيمته يوم هلك فان كانت
قيمته يوم استهلكه خمسمائة ويوم رهن الفا غرم خمسمائة وكان رهنا وسقط
من الدين خمسمائة فصار الحكم في الخمسمائة الزيادة كانها هلكت بآفة سماوية و
المعتبر في ضمان الرهن القيمة يوم القبض لا يوم الفكاك لان القبض السابق
مضمون عليه لانه قبض استيفاء الا انه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين
غرم القيمة لانه اتلف ملك الغير وكان رهنا في يده حتى يحل الدين لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه فاذا حل الدين وهو على صفة القيمة استوفى المرتهن منها

فصل

بدل حقه لانه جنس حقه ثم اذا كان فيه بقية رده على الراهن لانه بدل ملكه وقال
فرغ عن حق المرتهن فان نقصت عن الدين تراجع السعر الى خمسمائة وقال
كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين
خمسمائة لان ما استقبض كالهالك وسقط الدين بقدره ويعتبر قيمته يوم
القبض وهو مضمون بالقبض السابق لا تراجع السعر ووجب عليه الباقي
بالاتلاف وهو قيمته يوم اتلف قال واذا اعاد المرتهن الرهن للراهن لجحده
او ليعمل له عملا فقبضه خرج من ضمان المرتهن لمنافاة بين يد العارية ويد
الرهن فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء لفوات القبض المضمون وللمرتهن
ان يسترجعه الى يده لان عقد الرهن باق الا في حكم الضمان في الحال الاخرى
انه لو هلك الراهن قبل رد يده على المرتهن كان المرتهن احق به من ساير
الغرماء وهذا لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم
الرهن على كل حال الا ترى ان حكم الرهن ثابت في ولد الرهن وان لم يكن
مضمونا بالهلاك واذا بقي عقد الرهن فاذا اخذه عاد الضمان لانه
عاد القبض في عقد الرهن فيعود بصفته وكذلك لو اعاره اجنبيا باذن الاخر سقط حكم الضمان لما قلنا ولكل واحد منهما ان يرده
اذا كان لان لكل واحد حقا محترما فيه وهذا بخلاف الاجارة والبيع
والهبة من الاجنبي اذا باشرها احدهما باذن الاخر حيث يخرج عن ان يعود
الا بعقد مبتدأ ولو مات الراهن قبل الرد الى المرتهن يكون المرتهن
احق للغرماء لانه تعلق بالرهن حق لازم بهذه التصرفات فيبطل به حكم
الرهن اما بالعارية لم يتعلق به حق لازم فافترقا واذا استعاد
المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذه في العمل ارتفع
يد العارية ولو هلك في حاله العمل هلك بغير ضمان لثبوت يد العارية
بالاستعمال وهي مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان وكذا اذا اخذ الراهن

للمرتهن باستعمال ما بيناه ومن استعار من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه به
من قليل او كثير فهو عاريته لانه متبرع باسقاط ملك اليد فيعتبر بالتبرع باسقاط
ملك العين واليد وهو قضاء الدين ويجوز ان ينفصل ملك اليد عن ملك العين
ثبوتا للمرتهن كما ينفصل ذلك في حق البايع والاطلاق واجب احتياطا خصوصا
في الاعيان لان الجهالة فيها تفضي الى المنازعة ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير
ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه لان التقييد مفيد وهو نفي الزيادة لان
غرضه الاحتباس بما يتيسر اداؤه ونفي النقصان ايضا لان غرضه ان
يكون مستوفيا للاكثر مقابلته عند الهلاك فيرجع عليه وكذا التقييد
بالجنس وبالمرتهن والبلد لان كل ذلك مفيد ليتيسر البعض الى ضافة الى
البعض وتفاوت الاشخاص في الامانة والحفظ واذا خالف كان ضامنا ثم
ان شاء المعير ضمن المستعير ويتم عقد الرهن فيما بينه وبين المرتهن لانه
ملكه باداء الضمان فيصير رهنا على ملك نفسه وان شاء ضمن المرتهن
ويرجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن وقد بيناه في الاستحقاق وان
وافق بان رهنه بقدر ما امر به ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر وهلك عند المرتهن
بطل المال عن الراهن لتمام الاستيفاء بالهلاك ووجب مثله لرب الثوب على
الراهن لانه صار قاضيا دينه بماله بهذا المقدار وهو الموجب للرجوع
دون القبض بذاته لانه برضاه وكذلك ان اصابه عيب ذهب من الدين
بحسابه ووجب مثله لرب الثوب على الراهن على ما بيناه ولو كانت قيمته اقل
من الدين ذهب بقدر القيمة وعلى الراهن بقية دينه للمرتهن لانه لم يقع الاستيفاء
بالزيادة على قيمته وعلى الراهن لصاحب الثوب ما صار به موفيا لما بيناه ولو
كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفكه جبرا عن الراهن لم يكن للمرتهن
اذا قضى دينه ان يمتنع لانه غير متبرع حيث يخلص ملكه ولهذا يرجع على
الراهن بما ادى واجبر المرتهن على الرفع بخلاف الاجنبي اذا قضى الدين لانه

متبرع

متبرع اذ هو لا يسعى في تخليص ملكه ولا تفريغ ذمته فكان الطالب له لا يقبل
ولو هلك الثوب العارية عند الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه فلا
ضمان عليه لانه لا يصير قاضيا بهذا وهو الموجب على ما بينا ولو اختلفا
في ذلك فالقول قول الراهن لانه منكر لما يفاد دعواه الهلاك في هاتين الحالتين
وكما لو اختلفا في مقدار ما امر به فالقول للمعير لان القول قوله في انكار
اصله وكذا في انكار وصفه ولو رهنه المستعير بدين موجود وهو ان رهنه
ليقرضه كذا فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض فالمنحر والقيمة سواء فيضمن ذلك
الموجود المسمى لما بينا انه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان
سلامة ما بقي الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته عنه ولو
كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز لقيام ملك الرقبة ثم المرتهن بالخيار
ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته
لان الحق قد تعلق برقبته برضاه وقد اتلفه بالاعتاق فيكون رهنا عنده
الى ان يقبض دينه فيردها الى المعير لان استرداد القيمة كاسترداد العين
ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه واستخدم العبد او ركب الدابة قبل
ان يرهنها ثم رهنها بمال مثل قيمتها ثم قضى المال فلم يقبضها حتى هلكا
عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه قد برئ عن الضمان حين رهنها فانه
كان امينا خالفه ثم عاد الى الوفاق وكذلك اذا افتك الرهن ثم ركب الدابة
او استخدم العبد فلم يعطبه ثم عطب بعد ذلك من غير صنعه لا يضمن
لانه بعد الفكاك بمنزلة المودع لا بمنزلة المستعير لانتهاء حكم الاستعارة بالفكاك
وقد عاد الى الوفاق فيبرئ عن الضمان وهذا بخلاف المستعير لان يده يد نفسه
فلا بد من الوصول الى يد المالك اما المستعير في الرهن فيحصل مقصود
الآمر وهو الرجوع عليه عند الهلاك وتحقق الاستيفاء والجناية
الراهن على الرهن مضمونة لانه تفويت حق لازم محترم وتعلق مثله بالمال

يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان لتعلق حق الورثة بماله المريض مرض
الموت لمنع نفاذ تصرفه فيما وراء الثلث والعبد الموصى بخدمته اذا
اتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشتري بها عبد يقوم مقامه قال وجناية
المرتهن على الرهن تسقط من دينه بقدرها ومعناه ان يكون الضمان على
صفة الدين وهذا لان العين ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه
لمالكه قال وجناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى المأذون
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال جنايته على المرتهن معتبرة والمراد بالجناية
على النفس ما يوجب المال اما الوفاء فيه فلانها جناية المملوك على المالك لا
ترى انه لو مات كان الكفن عليه بخلاف جناية المغصوب منه لان الملك
عند ادراك الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت
جنايته على غير المالك فاعتبرت ولابي حنيفة ان الجناية حصلت
على غير ماله وفي الاعتبار فائدة وهو دفع العبد اليه بالجناية فيعتبر
ثم ان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن
فان قال المرتهن لا اطلب الجناية فهو رهن على حاله وله ان هذه الجناية
لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها جعلت في ضمانه
فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه وجنايته على
مال المرتهن لا تعتبر بالاتفاق اذا كانت قيمته والدين سواء لانه لا فائدة
في اعتباره لانه لا يتملك العبد وهو الفائدة وان كانت القيمة اكثر من الدين
فعن ابي حنيفة رحمه الله انه تعتبر بقدر الامانة لان الفضل ليس في ضمانه
فاشبه جناية العبد الوديعة على المستودع وعنه انه لا تعتبر لان حكم
الرهن هو الحبس فيه ثابت فصار كالمضمون وهذا بخلاف جناية الرهن
على ابن الراهن او ابن المرتهن لان الاملاك حقيقة متباينة فصار كالجناية
على الاجنبي قال ومن رهن عبدا يساوي الفا بالف الى اجل فنقص

السعر فرجعت قيمته الى مائة ثم قتله رجل وغرم قيمته مائة ثم حل الاجل فان
المرتهن يقبض المائة قضاء عن حقه ولا يرجع على الراهن بشيء واصله ان النقصان
من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان
المالية قد انتقصت وانتقاص العين في المالية يوجب سقوط الدين كما اذا
تنور رغبات الناس وذلك لا يعتبر في البيع حتى لا يثبت الخيار ولا في الغصب
حتى لا يجب الضمان بخلاف نقصان العين لان فوات الجزء منه يتقرر استيفاء
فيه اذا البدل استيفاء واذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقي
مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته مائة لانه تعتبر قيمته يوم الاتلاف
لان الجابر يتقدر بالفائت واخذ المرتهن لانه بدل المالية وحق المستحق وان
كان مقابلا بالدم على اصلنا حتى لا يزداد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب
المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية وكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على
الراهن بشيء لان الرهن كان استيفاء من الابتداء وبالهلاك تقرر وقيمته
كانت في الابتداء الفا فصير مستوفيا الكل من الابتداء او نقول لا يمكن ان
يجعل مستوفيا الالف بمائة لانه تؤدي الى الربوا فيصير مستوفيا المائة وبقي
تسعمائة في العين فاذا هلك يصير مستوفيا الكل بسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات
من غير فعل احد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدي الى الربوا قال
وان كان امر الراهن ليبيعه فباعه بمائة وقبض المائة قضاء من حقه فيرجع
بتسعمائة لانه لما باعه مأذونا من الراهن صار كان الراهن استرده وباعه بنفسه و
لو كان كذلك يبطل الرهن ويبقى الدين الا بقدر ما استوفى كذا هذا قال وان
قتله عبد قيمته مائة فدفع مكانه اقتله بجميع الدين وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد رحمهم الله هو بالخيار ان شاء اقتله بجميع الدين وان شاء سلم العبد
المدفوع الى المرتهن بماله وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة له ان يرد المرتهن
بدلا استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا انه اختلف بدله بقدر العشر فيبقى الدين بقدره

ولاصحابنا على نحو ان العبد الثاني قائم مقام الاول حكما ودما ولو كان الاول قائما
واستقص الشعر لا يسقط شيء من الدين عندنا لما ذكرنا ولذلك اذا قام المدفوع
مكانه ولمحمد رحمه الله في الخيار ان المرهون تعتبر ضمان المرتهن فيخير الولي
كالمبيع اذا قتل قبل القبض والمغصوب اذا قتل في يد الغاصب يخير
المشتري والمغصوب منه كذا هذا ولهما ان العين لم يطرأ في نفس
العبد لقيام الثاني مقام الاول حكما ودما كما ذكرنا مع زفر وعين الرهن
امانة عندنا فلا يجوز تمليكه منه بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين
حكم جاهلي فانه ملحق بخلاف البيع لان الخيار حكمه الفسخ وهو مشروع
وبخلاف الغصب لان تملكه بادائه الضمان مشروع ولو كان العبد تراجع
سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به فهو على
هذا الخلاف واذا قتل العبد الرهن قتلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن
وليس له ان يدفع لانه لا يملك التمليك ولو فدى ظهر المجل فسقى الدين
على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت
في ضمانه فكان عليه اصلاحها ولو ابى المرتهن ان يفدي فعلى الراهن ان يدفع
العبد او يفديه بالدية لان الملك في الرقبة له قائم واما الى المرتهن
الفداء لقيام حقه واذا امتنع عن الفداء تطالب الراهن بحكم الجناية
ومن حكمها التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع سقط الدين
لانه استحق بمعنى في ضمان المرتهن فصار كالهلاك وكذلك ان فدى لان
العبد كالحاصل له بعوض كان على المرتهن وهو الفداء بخلاف ما اذا
اذا قتل انسانا او استهلك مالا حيث يخاطب الراهن بالدفع او الفداء
في الابتداء لانه غير مضمون على المرتهن فان دفع خرج من الرهن ولم يسقط
شيء من الدين كما لو هلك وان فدى فهو رهن مع اقتدائه على حاله ولو استهلك
العبد المرهون مالا يستغرق قيمته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد

فديته

فديته على حاله كما في الفداء وان ابى قبل المرتهن لان للراهن بغية في الدين لا ان يحتبس
ان يؤدي عنه وان ادى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد
وسع العبد فيه باخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على
دين المرتهن وحق ولي الجناية لتعلقه على حق المولى فان فضل شيء ودين
غرماء العبد مثل دين المرتهن او اكثر فالفضل للراهن ويبطل دين المرتهن
لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمان المرتهن فاشبه الهلاك وان كان
العبد اقل سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد وما فضل من دين
العبد سقى دينه كما كان لم ان كان دين المرتهن قد حل اخذه به لانه من جنس
حقه وان كان لم يحل امسكه حتى يحل وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغرماء اخذ
الثمن ولم يرجع ما بقي على احد حتى يعتق العبد لان الحق في الدين الى استهلاك
يتعلق برقبته وقد استوفيت فتاخر الى ما بعد العتق ثم اذا ادى بعد العتق
لا يرجع على احد لانه وجب عليه بفعله وان كانت قيمة العبد الف وهو رهن
بالف فدفع العبد يقال لهما افدياه لان النصف منه مضمون والنصف
امانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجتمعا
على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما
بينا وانما هو الرضا به فان تشاحا فالقول لمن قال انا افدي ايهما او مرتهنا
اما المرتهن فليس في الفداء ابطال حق الراهن في الدفع الذي يختاره الراهن
ابطال حق المرتهن وكذا في جناية وليا الراهن اذا قال المرتهن انا افدي له ذلك
وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا فهو محبوس بدينه وله في
الفداء غرض صحيح ولا ضرر على الراهن وكان له ان يفدي واما الراهن فلانه
ليس له نظر ولاية الدفع لما بينا فكيف يختاره ويكون المرتهن في الفداء متطوعا
في حقيه الامانة حتى لا يرجع على الراهن لانه يمكنه ان يختاره فيخاطب الراهن

فان التزمه والحال هذه كان متبرعا وهذا على ما روي عن ابي حنيفة رحمه الله انه لا
يرجع مع الحضور وسنبين القولين ان شاء الله تعالى ولو ادى المرتهن الدين بغير اذن
وفداه الراهن فانه يحتسب على المرتهن بنصف الفداء من دينه لان سقوط
الدين امر لازم قدر او دفع فلم يجعل الراهن في الفداء متطوعا ثم ينظر
ان كان نصف الفداء مثل الدين او اكثر بطل الدين وان كان اقل سقط
من الدين بقدر نصف الفداء وكان العبد رهنا بما بقي لان الفداء في النصف
كان عليه فاذا اداه الراهن وهو ليس بمتطوع كان له الرجوع عليه فصار
قصاصا بدينه كانه اوفى نصفه فيبقى العبد رهنا بما بقي ولو كان المرتهن
قدر والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غائبا لم يكن متطوعا وهذا قول
ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع
لانه ادى ملك غيره بغير امره فاشبه الاجنبي وله انه اذا كان الراهن حاضرا
امكنه مخاطبته فاذا فداه المرتهن فقد تبرع كالاجنبي واما اذا كان الراهن
غائبا تعذر مخاطبته والمرتهن يحتاج الى اصلاح المضمون له فامكنه ذلك الا باصلاح
الامانة فلا يكون متبرعا وان اودع الراهن وديعة الرهن وقضى
الدين لان الوصي قائم مقامه ولو تولى الموصي حيا بنفسه كان له ولايته البيع
باذن المرتهن فكذا لوصيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا وامره
بيعه لان القاضي نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم
والنظر في نصب الوصي ليؤدي ما عليه لغيره ويستوفي ماله من غيره ولئن
كان على الميت دين فرهن الوصي بعض التركة عند غريم من غرمائه لم يجز وللآخرين
ان يردوه لانه آثر بعض الغرماء بالايفاء الحكمي فاشبه الايثار بالايفاء الحقيقي
وان قضى دينهم قبل ان يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم
يكن للميت غريم آخر جاز الرهن لعدم الايثار بالايفاء الحقيقي وبيع في دينه لانه يباع

فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصي بدين الميت على رجل جاز لانه استيفاء
وهو يملكه وان رضي الله عنه وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا
ان شاء الله تعالى **فصل** ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة
فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن بعشرة لانها تكون محلا للبيع محل
للرهن اذ الخلية بالمالية فيهما والخمر ان لم يكن محلا للبيع ابتداء فهو محل له
بقاء حتى لو ان اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض بقي العقد الا انه يتخير في البيع
لتعيب وصف المبيع لعوده ما اذا انقلب ولو رهن شاة قيمتها عشرة بعشرة
فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم لان الرهن ينفرد
بالهلاك فاذا جنى بعض المحل يعود حكمه بقدره بخلاف ما اذا مات الشاة
قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع لان البيع ينتقض بالهلاك
قبل القبض والمنتقض لا يعود اما الرهن ينفرد بالهلاك على ما بيناه من
مسائلنا من منع مسئلة البيع ونقول يعود البيع والنماء الرهن
والراهن وهو مثل اللبن والثمر والصوف والولد لانه متولد من ملكه ويكون
رهنا مع الاصل لانه تبع له والرهن حق لازم فيسري اليه فان هلك بهلاك بغير
شيء لان الاتباع لا يقبض لها قدرا يقابله الاصل لانها لم يدخل تحت العقد
مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها وان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن
بحصته لقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء لانفكاك
الرهن تصير مضمونا بالقبض والزيادة تصير مقصودة بالانفكاك اذا بقي
الى وقته والبيع يقابل شيء اذا صار مقصودا كولد المبيع فما اصاب الاصل
يسقط من الدين لانه يقابل الاصل مقصودا وما اصاب النماء افتكه الراهن
لما ذكرنا وصورة المسائل تخرج على هذا الاصل وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهى
وتمامه الجامع الصغير والزيادات ولو رهن شاة بعشرة قيمتها عشرة وقال
الراهن للمرتهن احلب الشاة فما حلبت فهو لك حلال فحلب وشرب فلا ضمان عليه

شيء من ذلك اما الاباحة فيصح تعليقها بالشرط والخطر لانها اطلاق تمليك
فيصح مع الخطر ولا يسقط شيء من الدين لانه اتلفه باذن المالك وان لم يفت الشاة
حتى ماتت في يد المرتهن قسم الدين على قيمة اللبن الذي شرب وعلى قيمة الشاة فما اصاب
الشاة سقط وما اصاب اللبن اخذه المرتهن من الراهن لان اللبن تلف على
ملك الراهن بفعل المرتهن والفعل جعل تسليطا من قبله فصار كان الراهن
اخذه واتلفه فكان مضمونا عليه فيكون له حبسه من الدين فيبقى بحصته
ولد الشاة اذا اذن له الراهن في اكله وكذلك جميع النماء الذي يحدث على
هذا القياس قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عندنا
وعند زفر رحمه الله ولا يصير الرهن رهنا بها وقال ابو يوسف رحمه الله يجوز
في الدين ايضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يجوز فيهما والخلاف معهما
في الرهن والثمن والمهر والمنكوحة سواء وقد ذكرناه في البيوع
وابي يوسف في الخلافيات الاخرى ان الدين في باب الرهن كالثمن في البيع والرهن
كالمثمن فيجوز الزيادة فيهما كما في البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد
للحاجة والامكان ولهما وهو القياس ان الزيادة في الدين توجب الشيوع
الرهن وهو غير مشروع عندنا والزيادة في الرهن توجب الشيوع في الدين
وهو غير مانع من صحة الرهن الا ترى انه لو رهن عبدا بخمسمائة من الدين
جاز وهذا شيوع في الدين والالتحاق باصل العقد غير ممكن في طرف الدين
لانه غير معقود عليه ولا معقود به بل وجوبه سابق على الرهن وكذا
بعد انفساخه والالتحاق باصل العقد في العقد بخلاف البيع لان الثمن
بدل يحدث بالعقد ثم اذا صحت الزيادة في الرهن وسمى من الزيادة قصدية
يقسم الدين على قيمة الاول يوم القبض وعلى قيمة الزيادة يوم قبضت
حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض
الفا والدين الف يقسم الدين اثلاثا الزيادة ثلث الدين والاصل ثلثا
الدين

الدين اعتبارا لقيمتهما في وقتي الاعتبار وهذا لان الضمان في كل واحد منهما
يثبت بالقبض فاعتبر قيمة كل منهما وقت القبض واذا اولدت المرهونة ولدا
ثم ان الراهن ادعى الولد عبدا وقيمة كل واحد الف والعبد رهن مع
الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزيادة لانه جعله زيادة مع
الولد دون الام ولو كانت الزيادة مع الام يقسم الدين على قيمة الام يوم
العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض فما اصاب الام قسم عليها وعلى
ولدها لان الزيادة دخلت على الام قال فان عبدا يساوي الفا تالف
ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الى الراهن
والمرتهن في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول لان الاول الداخل في ضمانه
بالقبض والدين وهما باقيان فلا يخرج عن الضمان الا بنقض القبض بادام
الدين باقيا واذا بقي الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا
بدخول احدهما فيه لا بدخولهما فادارة الاول ادخل الثاني في ضمانه ثم
فصل يشترط تحديد القبض لان يد المرتهن على الثاني يد امانة ويد الرهن
يد استيفاء وضمان فلا ينوب عنه كمن له على آخر الف حيا فاستوفى زيوفا
ظنها جيادا ثم علم بالزيافة وطالبه بالجياد واخذها فان الجياد امانة في
يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض وفصل لا يشترط لان الرهن تبرع
كالهبة على ما بينا وقبض الامانة ينوب عن قبض الهبة ولان الرهن عينه
امانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو ابرأ
المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن بهلاك
غير شيء استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين او بجهته عند
تمام الوجود كما في الدين الموجود ولم يسقط الدين بالابراء والهبة ولا جهته
لسقوطه الا اذا حدث منعا لان به يصير غاصبا اذ لم يبق له ولاية المنع
وكذلك اذا ارتهنت المرأة رهنا بالصداق فابرأته او وهبته او ابرأت

والعياذ بالله قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في
يدها هلك بغير شيء من ذلك كله ولم تضمن شيئا لسقوط الدين كما في الابراء ولو اشترى
المرتهن الدين بإيفاء الراهن او بإيفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين
ويجب عليه رده فيما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف
الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط الدين اصلا كما ذكرناه والاستيفاء لا
يسقط لقيام الموجب الا انه يتعذر الاستيفاء لعدم القابل لانه يعقب مطالبة
واما هو في نفسه قائم فاذا هلك يتقرر الاستيفاء الاول وانتقض الاستيفاء
الثاني وكذا اذا اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين لانه استيفاء وكذلك
اذا احال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة ويهلك
بالدين لانه في معنى البراءة طريق الاداء لانه يزول به عن ملك المحيل مثل ما كان
له على المحتال عليه او ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة
الوكيل وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم
وجوب الدين بالتصادق على قيامه فيكون الجهة باقية بخلاف الابراء والله اعلم

كتاب الجنايات

قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما اجري مجرى الخطأ والقتل
بسبب والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام فالعمد ما تعمد ضربه بسلاح او ما جرى
مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وفريطة القصب والمروة المحددة والنار لان
العمد هو القصد ولا يوقف عليه الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة فكان
متعمدا فيه عند ذلك وموجب ذلك اثم لقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا
فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقد نطق به غير واحد من السنة وعليه انعقد
الاجماع قال والقود لقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر
بالحر الآية الا انه يتقيد بوصف العمدية لقوله عليه السلام العمد قود اي موجبه وان
الجناية بها تكامل وحكمة الزجر عليها تتوفر والعقوبة المتناهية لا تزجر لما جوف

ذلك

ذلك قال الا ان يعفو الاولياء ويصالحوا لان الحق لهم ثم هو واجب
عينا وليس للولي اخذ الدية الا برضاء القاتل وهو احد قولي الشافعي الا
انه حق العدول الى المال من غير رضاء القاتل لانه تعين مزهقا للهلاك
فيجوز بدون رضاه وفي قول الواجب احدهما لا بعينه ويتعين باختياره
لان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد نوع جبر فيتخير ولنا ما تلونا من الكتاب
وروينا من السنة ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة والقصاص
يصلح للمماثلة وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا متيقن في الخطأ وجوب
المال ضرورة صون الدم عن الاهدار ولا تيقن بعدم فصار الولي بعد اخذ
المال ولا تعين مزهقا للهلاك ولا كفارة فيه عندنا وعند الشافعي رحمه الله
تجب لان الجناية الى التكفير في العمد اسرع منها الى الخطأ فكان ادعى
الى الجابر ولنا انها كبيرة محضة وفي الكفارة معنى العبادة فلا تناط بمثلها
ولان الكفارة من المقادير وتعيينها في الشرع لدفع الادنى لا يعينها الدفع
الاعلى ومن حكمه حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث للقاتل قال
وشبه العمد عند ابي حنيفة رحمه الله ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا
اجري مجرى السلاح وقالا ابو يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعي رحمه الله
اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه
بما لا يقتل به غالبا لانه تناهر معنى العمدية باستعمال آلة صغيرة لا تقتل غالبا
لانه يقصد به غيره كالتأديب ونحوه فكان شبه العمد ولا تناهر باستعمال
آلة لا تلبث لانه لا يقصد به الا القتل كالسيف وكان عمدا موجبا للقود ولهما
قوله عليه السلام الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة
من الابل ولان الآلة غير موضوعة للقتل ولا مستعمل فيه اذ لا يمكن استعمالها
على وجه من المقصود قتله وبه يحصل القتل غالبا فقصرت العمدية خطأ
الى الدية كان شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغير قال وفي

ذلك على القولين لا اثم لانه قتل وهو قاصد في الضرب والكفارة لشبهة الخطاء
والدية مغلظة على العاقلة والاصل ان كل دية وجبت بالقتل ابتداء لا معنى
يجب من بعده فهي على العاقلة اعتبارا بالخطاء وتجب في ثلث سنين لقضية
عمر رضي الله عنه وتجب مغلظة وسميت صفة التغليظ ان شاء الله تعالى
ويتعلق بها حرمان الميراث لانه جزاء القتل والشبهة تؤثر في سقوط القصاص
دون حرمان الميراث وما لك رحمه الله وان انكر معرفة شبه العمد فالحجة عليه
ما اسلفنا قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا
يظنه صيدا فاذا هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطاء في الفعل
وهو ان يرمي غرضا فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة
لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الآية وهي على عاقلة
في ثلث سنين لما بيناه ولا اثم فيه يعني في الوجهين قالوا والمراد اثم
القتل فاما في نفسه فلا يخلو عن الاثم من حيث ترك العزيمة والمبالغة
في التثبت في حال الرمي اذ شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا ويحرم عن الميراث
لان فيه اثما يصح تعليق الحرمان به بخلاف ما اذا تعمد الضرب موضعا من جسده
فاخطأ واصاب موضعا آخر مميت حيث يجب القصاص لان القتل قد وجد
بالقصد الى بعض بدنه وجميع البدن كالمحل الواحد قال وما اجري
مجرى الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء في الشرع واما
القتل بسبب كحافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا اتلف
فيه آدمي الدية على العاقلة لانه سبب التلف وهو متعد فيه فانزل موقعا
دافعا وجبت الدية ولا كفارة فيه ولا يتعلق به حرمان الميراث وقال الشافعي
رحمه الله يلحق بالخطاء في احكامه لان الشرع انزله قاتلا ولسان القتل
معدوم منه حقيقة فالحق به في حق الضمان فبقي في حق غيره على الاصل
هو ان كان يأثم بالحفر في غير ملكه لانه يأثم بالمشي على ما قالوا وهذه كفارة

دون

دون القتل وكذا الجرمان بسببه وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما
سواها لان اتلاف النفس يختلف باختلاف آلاته وما دونها لا يختص اتلافه
بآلة دون آلة باب

ما يوجب القصاص وما لا يوجب

القصاص واجب
بقتل كل محقون الدم على التابيد اذا قتل عمدا اما العمدية فلما بيناه واما
حقن الدم على التابيد لتنتفي شبهة الاباحة ويتحقق المساواة قال
ويقتل الحر بالحر والعبد بالعبد لعموم ما تلونا وقال الشافعي رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد
لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد ومن ضرورة هذه المقابلة ان لا يقتل
حر بعبد ولان مبنى القصاص على المساواة وهي منتفية بين المالك والمملوك
ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرفه بخلاف العبد بالعبد لانهما متساويان
وبخلاف العبد يقتل بالحر لانه تفاوت الى نقصان ولنا ان القصاص يعتمد
المساواة في العصمة وهي بالدين او بالدار وتستويان فيهما وجريان
القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة والنص تخصيص
بالذكر فلا ينفي ما عداه قال والمسلم بالذمي خلافا للشافعي رحمه الله له
قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر ولانه لا مساواة بينهما وقت الجناية
وكذا الكفر مبيح فيورث الشبهة ولنا ما روي ان النبي عليه السلام
قتل مسلما بذمي ولان المساواة في العصمة ثابتة نظرا الى التكليف او
الدار والمبيح هو المحارب دون المسالم والقتل بمثله يؤذن بانتفاء
الشبهة والمراد ما روي الحربي لسيافه ولا ذو عهد في عهده والعطف
للمغايرة قال ولا يقتل بالمستأمن لانه غير محقون الدم على التابيد وكذا
كفر باعث على الحرابة لانه على قصد الرجوع ولا يقتل الذمي بالمستأمن
لما بينا ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا للمساواة ولا يقتل استحسانا
لقيام المبيح ويقتل الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن

وبما قبله لأن الجنون للعموم ات في إعتبار التفاوت فيما
العصمة امتناع القصاص في ظاهر المعاتل والتفاني قال ولا يقتل الرجل
بابنه لقوله عليه السلام لا تقتل الوالد بولده وهو مطلق فحمله على مالك
رحمه الله في قوله تقتل إذا ذبحه ذبحا ولأن سبب الإيجاد من الحال لم
يستحق إفناؤه وكذا لا يجوز له قتله وإن وجده في صف الأعداء
مقاتلا أو زانيا وهو محصن والقصاص يستحق المقتول لا خلفه وإرثه
والجد من قبل الرجال والنساء وإن علا في هذا بمنزلة الأب وكذلك الوالدة
والجدة من قبل الأب والأم قربت أو بعدت لما بينا ويقتل الولد بالوالد
لعدم المسقط ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد
ولده لأنه لا يستوجب لنفسه على نفسه القصاص ولا ولده عليه وكذا
لا يقتل بعبد ملك بعضه لأن القصاص لا يتجزى قال ومن ورث
قصاصا على ابنه سقط لحرمة الأبوة قال ولا يستوفي القصاص إلا
بالسيف وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل إن كان فعلا مشروعا
وإن مات في الحد دفنته لأن حق القصاص على المساواة ولنا قوله
عليه السلام لا قود إلا بالسيف والمراد به السلاح ولأن فيما ذهب إليه استيفاء
الزيادة لو لم يحصل المقصود بمثل ما فعل فيجب الحد عنه كان أكبر الظن
قال وإذا قتل المكاتب عبدا وليس له إلا المولى وترك وفاء فله القصاص
عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمهم الله لا أرى في هذا قصاصا لأنه
استحق بسبب الاستيفاء فإن الولاء إن مات حرا والملك إن مات عبدا وصار
كمن قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له
وطيها لاختلاف السبب كذا هذا ولهما أن حق الاستيفاء للمولى يقين
على التقدير بموته وهو معلوم والحكم متجدد واختلاف السبب لا يفضي إلى المنازعة
ولا إلى اختلاف حكم ولا يبالى به بخلاف تلك المسألة لأن حكم ذلك السبب

يغاير

يغاير حكم النكاح ولو ترك وفاء وله وارث غير المولى فالقصاص له إن اجتمعوا
مع المولى لأنه أشبه من له الحق لأنه المولى إن مات عبدا أو الوارث إن مات حرا
جريا إذا ظهر الاختلاف بين الصحابة رضي الله عنهم في موته على نعت الحرية
أو الرق بخلاف الأولى لأن المولى متعين فيها ولو لم يترك وفاء وله ورثة أجزاء
وجب القصاص للمولى في قولهم جميعا لأنه مات عبدا بلا ريب لانفساخ الكتابة
بخلاف عتق البعض إذا مات ولم يترك وفاء لأن العتق في البعض لا
ينفسخ بالعجز وإذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى يجتمع الراهن
والمرتهن لأن المرتهن لا ملك له فلا يليه والراهن لو تولاه لبطل حق
المرتهن في الدين ويشترط إجماعهما ليسقط حق المرتهن برضاه قال وإذا
قتل ولي المعتوه فلا بد أن يقتل لأنه من الولاية على النفس شرع زاجرا
راجع إليها وهو تشفي الصدر فليه كالنكاح وله أن يصالح لأنه أنظر
في حق المعتوه وليس له أن يعفو لأن فيه إبطال حقه وكذلك إن قطعت يده
المعتوه عمدا لما ذكرنا والوصي بمنزلة الأب في جميع ذلك إلا أنه لا يقتل لأنه
ليس له ولاية على نفسه وهذا من قبيله ويندرج تحت هذا إطلاق الصلح
عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل وفي
كتاب الصلح إن الوصي لا يملك الصلح لأنه تصرف في النفس بالاعتياض عنه
فنزل منزلة الاستيفاء ووجه المذكور هنا أن المقصود من الصلح المال وإنه
يجب بعض كما يجب بعفو الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص
بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملك لما فيه من الإبطال فهو أولى قالوا القياس
أن لا يملك الوصي الاستيفاء في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود
متحد وهو التشفي وفي الإيجاب أن يملكه لأن الأطراف يهلك بها سائر الأموال
فإنها خلقت وقاية للنفس كالمال على ما عرف فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف
في المال والصبي بمنزلة المعتوه في هذا والقاضي يقوم مقام الأب في الصحيح الأدبي

ان من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه قال وكذا

قتل وله اولياء صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة رحمه الله

وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لان القصاص مشترك بينهم ولا يمكن استيفاء

البعض لعدم التجزي في استيفائهم الكل ابطال حق الصغار فيؤخر

الى ادراكهم كما اذا كان بين الكبيرين واحدهما غائب او كان بين المولين له

انه حق لا يتجزى لثبوته بسبب لا يتجزى وهو القرابة واحتمال العفو من

الصغير منقطع فيثبت للكل واحد منهما كملا كما في ولاية النكاح بخلاف

الكبيرين لان احتمال العفو من الغائب ثابت ومسئلة المولين ممنوعة قال

ومن ضرب رجلا بحديدة فقتله فان اصابه بالحد فقتله وان اصابه بالعود

فعليه الدية فان رضي ابنه عنه وهذا اذا اصابه بحد الحديد لوجود الجرح

فكان السبب وان اصابه بظهر الحديد فعندهما يجب وهو رواية عن ابي حنيفة رحمه الله

اعتبارا منه للآلة وهو الحديد وعنه انه يجب اذا جرح وهو الاصح على ما نبينه

وعلى هذا الضرب بسنجاق الميزان واما اذا ضربه بالعود فانه تجب الدية

لوجود قتل النفس المعصومة وامتناع القصاص حتى لا يهدر ثم قيل هو بمنزلة

العمد الكبير فيكون قتلا بالمثقل وفيه خلاف ابي حنيفة رحمه الله على ما

نبينه وقيل هو بمنزلة الشبه وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وهي مسئلة الموالاة

له ان الموالاة في الضربات التي اذا جاءت دليل العمد تنخفض الموجب لنا ما روينا

الا ان قتيل خطاء العمد ويروى شبه العمد الحديث ولان فيه شبهة عدم

العمد به لان الموالاة قد تستعمل للتاديب او لعله اعتراه الغضب حالة

الضربات فصار ذاهلا عن الفعل عنه وعساه اصاب القتل والشبهة دارئة للعقوبة

فوجبت الدية قال ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي

حنيفة رحمه الله وقالا يقتص وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان عندهما يستوفى

جزاء وعنده يغرق كما غرق من قبل لهما قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة

قوله ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يقتص وهو قول الشافعي رحمه الله غير ان عندهما يستوفى جزاء وعنده يغرق كما غرق من قبل لهما قوله عليه السلام من غرق غرقناه ولان الآلة

قاتلة ولسعيها اماتة العمد ولا مرا في العصمة وله قوله عليه السلام

الا ان قتيل خطأ العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل

ارش ولان الآلة غير معدة للقتل ولا مستعملة فيه لتعذر استعماله

شبهة عدم العمد ولان القصاص يبنى على المماثلة ومنه يقال اقتص اثره

ومنه المقصة للجلمين ولا تماثل بين الجرح والدف لقصور الثاني عن

تخريب الظاهر وكذا لا تماثل في حكمة الزجر لان القتل بالسلاح

غالب وبالمثقل نادر وما رواه غير مرفوع او هو محمول على السياسة

وقد اومأ له اضافته الى نفسه فيه واذا امتنع القصاص وجبت

الدية وهي على العاقلة وقد ذكرناه واختلاف الروايتين في الكفارة

قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص

لوجود السبب وعدم ما يبطل حكمه في الظاهر فاضيف اليه قال

واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه

مشرك فلا قود عليه وعليه الكفارة لان هذا احد نوعي الخطاء على ما بيناه

والخطاء بنوعيه لا يوجب القود ويوجب الكفارة وكذا الدية على ما نطق

به نص الكتاب ولما اختلفت سيوف المسلمين على اليمان ابي حذيفة رضي الله

عنه قضى رسول الله عليه السلام بالدية قالوا انما تجب الدية اذا كانوا مختلطين

فان كان في صف المشركين لا تجب لسقوط عصمته بتكثير سوادهم قال

عليه السلام من كثر سواد قوم فهو منهم قال ومن جرح نفسه وشجه

رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية

لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا في الدنيا والآخرة وفعله

وفعل نفسه هدر في الدنيا معتبر في الآخرة حتى يأثم عليه وفي النوادر

عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله تغسل وتصلى عليه وعند ابي يوسف رحمه الله

تغسل ولا يصلى عليه وفي شرح السير الكبير ذكر الصلوة عليه اختلاف

المسائل على ما كتبناه في كتاب التجنيس والمزيد فلم يكن هدرا مطلقا فكان
جنبا لآخر وفعل الاجنبي معتبر في الدنيا والآخرة فصار كأن ثلاثة اجناس
فكان النفس تلفت بثلاثة افعال فيكون التالف بفعل كل واحد ثلثه فيجب
عليه ثلث الدية والله اعلم **فصل** ومن شهر على المسلمين سيفا
فعليهم ان يقتلوه لقوله صلى الله عليه وسلم من شهر على المسلمين سيفا
فقد احل دمه ولانه باغ فتسقط عصمته ببغيه ولانه تعين طريقا
لدفع القتل عن نفسه فله قتله وقول محمد رحمه الله في الجامع الصغير يخيف على المسلمين لم يقتلوه اشارة الى الوجوب والمعنى
وجوب دفع الضرر وفي مرقة الجامع الصغير ومن شهر على رجل سلاحا
ليلا او نهارا او شهر عليه عصا ليلا في مصر او نهارا في طريق في غير
مصر فقتله المشهور عليه عمدا فلا شيء عليه لما بينا وهذا لان السلاح
لا يلبث فيحتاج الى دفعه بالقتل والعصا الصغير ولئن كان يلبث
ولكن في الليل لا يلحقه غوث فيضطر الى دفعه وكذا في النهار في غير
المصر في الطريق لا يلحقه الغوث فاذا قتله كان دمه هدرا قالوا فان
كان عصا لا يلبث يحتمل ان يكون مثل السلاح عندهما **قال** وان شهر
المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله
وقال الشافعي رحمه الله لا شيء عليه وعلى هذا الخلاف الصبي والدابة
وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي
والمجنون للشافعي رحمه الله انه قتله دافعا عن نفسه فيعتبر بالبالغ
الساهر ولانه يصير محمولا على قتله بفعله فاشبه المكره ولابي يوسف
رحمه الله ان فعل الدابة غير معتبر اصلا حتى لو تحقق لا يجب الضمان
اما فعلها معتبر في الجملة حتى لو حققناه يجب عليهما الضمان وكذا عصمتهما
لحقهما وعصمة الدابة لحق مالكها فكان فعلها مسقطا للعصمة دون

فعل الدابة ولنا انه قتل شخصا معصوما واتلف مالا معصوما
حقا للمالك وفعل الدابة لا يصلح مسقطا وكذا فعلهما وان كان
عصمتهما حقهما لعدم اختيار صحيح ولهذا لا يجب القتل بتحقيق
الفعل منهما بخلاف العاقل البالغ لان له اختيارا صحيحا والمال
يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فيجب الدية **قال** ومن
شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتل الآخر فعلى القاتل القصاص
معناه اذا ضربه فانصرف لانه خرج من ان يكون مجلوبا بالانصراف فبطلت
عصمته **قال** ومن دخل عليه غيره ليلا فاخرج السرقة فاتبعه
وقتله فلا شيء عليه لقوله عليه السلام قاتل دون مالك ولانه مباح له
القتل دفعا في الابتداء فكذا استردادا في الانتهاء ويدل المثل اذا
كان لا يتمكن من الاسترداد الا بالقتل **باب**
القصاص فيما دون النفس ومن قطع يد غيره
عمدا من المفصل قطعت يده وان كانت يده اكبر من يد المقطوعة
لقوله تعالى والجروح قصاص وهو ينبئ عن المماثلة فكل ما امكن رعايتها
فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد امكن في القطع من المفصل فاعتبر
ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد لا تختلف بذلك **قال**
وكذا الرجل والاذن لامكان رعاية المماثلة **قال** ومن
ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه لامتناع المماثلة في القلع فان
كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص لامكان المماثلة على ما قال
في الكتاب يحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب ويقابل عينه
بالمرآة فيذهب ضوؤها وهو ما نقل عن جماعة من الصحابة رضي الله
عنهم اجمعين **قال** وفي السن القصاص لقوله تعالى السن بالسن وان
كان سن من تقتص منه اكبر من سن الآخر لان منفعة السن لا يتفاوت

بالصغر والكبر قال ـ وفي كل شجة تحقق فيها المماثلة القصاص
لما تلونا قال ـ ولا قصاص في عظم الا في السن وهذا اللفظ مروي
عن عمر وابن مسعود رضي الله عنهما وقال عليه السلام لا قصاص
في العظم والمراد غير السن ولان اعتبار المماثلة في غير السن
متعذر لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يرد بالمبرد
ولو قلع من اصله فيقلع الثاني مماثلا لان قال ـ والسن فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطاء لان شبه العمد يعود الى الآلة
والقتل هو الذي يختلف باختلافها دون ما دون النفس لانه لا يختلف
باختلافه باختلاف الآلة فلم يكن العمد والخطاء ولا قصاص بين الرجل
والمرأة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين خلافا
للشافعي رحمه الله في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد ويعتبر
الاطراف بالانفس لكونها تابعة لها ولنا ان الاطراف يسلك بها مسالك
الاموال فينعدم التماثل بالتفاوت في القيمة وهو معلوم قطعا فيتقوم
الشرع وامكن اعتباره بخلاف التفاوت في البطش لانه لا ضابط
له فاعتبر اصله وبخلاف الانفس لان المتعلق ازهاق الروح ولا تفاوت
فيه ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر للتساوي بينهما في
الاطراف قال ـ ومن قطع يد من نصف الساعد او جرحه جائفة فبرأ
منها فلا قصاص عليه لانه لا يمكن اعتبار المماثلة فيه اذ الاول كسر
ولا ضابط فيه وكذلك النوء ناد فيفضي الثاني الى الهلاك ظاهرا
قال ـ واذا كانت يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع يده بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء
له غيرها وان شاء اخذ الارش كاملا لان استيفاء الحق كاملا متعذر فله
ان يتجاوز دون حقه وله ان يعدل الى العوض كالمثلي اذا انصرم عن ايديكم

الناس بعد الاتلاف اذا استوفاها ناقصا فقد رضي به فيسقط
حقه كما اذا رضي بالردي مكان الجيد ولو سقطت الموضحة قبل
احتياط المجني عليه او قطعت طلعا فلا شيء له عندنا لان حقه متعين
في القصاص وانما ينتقل الى المال باختياره فيسقط بفواته بخلاف
ما اذا قطعت لحق عليه من قصاص او برقة حيث يجب عليه الارش
لانه اوفى به حقا مستحقا فصارت سالمة له معنى قال ـ ومن شج
رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص وقدر شجته بمدرى من اي الجانبين
شاء وان شاء اخذ الارش لان الشجة موجبة لكونها مستبينة فيه
زاد الشين بزيادتها وفي استيفائه ما في الشاج زيادة على ما فعل
ولا يلحقه من الشين باستيفائه قدر حقه ما يلحق المشجوج فينتقص
فيتخير كما في الشلاء والصحيحة وفي عكسه يتخير ايضا لانه تعذر استيفاء
كملا للتعدي الى غير حقه وكذا اذا كانت الشجة في طول الرأس وهي تأخذ
من جبهته الى قفاه ولا تبلغ الى قفاء الشاج وهو المختار لان المعنى
لا يختلف قال ـ ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر وعن ابي يوسف
رحمه الله انه اذا قطع من اصله يجب لامكان اعتبار المساواة ولنا
انه ينقبض وينبسط فلا يمكن اعتبار المساواة الا ان يقطع لحشفة
او بعض الذكر ولا قصاص فيه لان البعض لا يعلم مقداره بخلاف
الاذن اذا قطع كله او بعضه لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله
حد يعرف فيمكن اعتبار المساواة والشفة ان استقصاها بالقطع
يجب القصاص لانه امكان اعتبار المساواة بخلاف ما اذا قطع بعضها
لانه يتعذر اعتبارها والله اعلم **فصل** واذا اصطلح القاتل
واولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان او

كثيرا لقوله تعالى فمن عفي له من أخيه شيء الآية على ما قيل نزلت في الصلح
وقوله عليه السلام من قتل له قتيل الحديث والمراد والله أعلم الأخذ
بالرضا على ما بينا وهو الصلح بعينه ولأنه حق ثابت للورثة فيجري فيه الإسقاط
عفوا وكذا تعويضا لاستماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز
بالقليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض
إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكروا حالا ولا موجلا فهو حال
لأنه مال واجب بالعقد والأصل في إطلاق الحلول لحق المهر والثمن
إليه لأنه ما وجب بالعقد قال وإن قتل حر وعبدا فأمر الحر ومولى
العبد رجلا بأن يصالح عن جرمهما على ألف ففعل فالألف على الحر والمولى
نصفان لأن عقد الصلح أضيف إليهما وإذا عفا أحد الشركاء من الدم
أو صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين عن القصاص وكان لهم
من الدية وأصل هذا أن القصاص حق جميع الورثة وكذا الدية خلافا
لمالك والشافعي رحمهما الله في الزوجين لهما أن الولد أثر خلافة وهي بالنسب
دون السببية لانقطاعه بالموت ولنا أنه عليه السلام أمر بتوريث امرأة
أشيم الضبابي من عقل زوجها أشيم ولأنه حق يجري فيه الإرث حتى لو
مات قتيل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي
وابن الابن وثبت لسائر الورثة والزوجة تبقى بعد الموت حكما في حق الإرث
أو ثبت الموت مستندا إلى سببه وهو الجرح وإذا ثبت للجميع فكل منهم
يتمكن من الاستيفاء والإسقاط عفوا وصلحا ومن ضرورة سقوط
حق البعض في القصاص سقوط حق الباقين فيه لأنه لا يتجزى بخلاف
ما إذا قتل رجلين وعفا أحد الوليين لأن الواجب هنا قصاصان
من غير شبهة لاختلاف القتيل والمقتول وهنا واحد لاتحادهما وإذا
انقطع بعض الواجب سقط القصاص بغلب نصيب الباقين بالدية لأنه أسقط حقه بفعله

ورضاه ثم يجب ما يجب من المال في ثلاث سنين وقال زفر رحمه الله يجب في سنتين
لما أن كان من ثلاثة ثلثا فعفا أحدهما لأن الواجب نصف الدية فيعتبر بما
إذا قطعت يده خطأ ولنا أن هذا بعض بدل الدم وكله مؤجل إلى ثلاث
سنين فكذلك بعضه والواجب في اليد كل بدل الطرف وهو في سنتين
في الشروع ويجب في ماله لأنه عمد قال وإذا قتل جماعة واحدا عمدا
اقتص من جميعهم لقول عمر رضي الله عنه فيه لو تمالأ أهل صنعاء لقتلتهم
ولأن القتل بطريق التغالب غالبا والقصاص مزجرة للسفهاء فيجب
تحقيقا لحكمة الإحياء وإذا قتل واحد جماعة يحضر أولياء المقتولين
قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك وإن حضر واحد قتل له وسقط حق
الباقين وقال الشافعي رحمه الله يقتل بالأول منهم ويجب للباقين المال
وإن اجتمعوا ولم يعرف قتل أولهم قسمت الديات بينهم وقيل يقرع بينهم
فيقتل لمن خرجت قرعته له أن الموجود من الواحد قتلات والمكي
يتحقق في حقه قتل واحد فلا قائل وهو الغيابي والفصل الأول أنه
يعرف بالشرع ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فجاء القاتل
أصله الفصل الأول إذ لو لم يكن كذلك لما وجب القصاص ولأنه وجد من
كل منهم جرح صالح للإنزهاق فيضاف إلى كل منهم إذ هو لا يتجزى ولم
القصاص شرع مع المنافي للحقيقة الإحياء وقد حصل بقتله فاكتفى
به قال ومن وجب عليه القصاص فمات سقط عنه القصاص
لفوات محل الاستيفاء فأشبه موت العبد الجاني ويتأتى فيه خلاف الشافعي
رحمه الله إذا لواجب أحدهما عنده قال وإذا قطع رجلان يد رجل
وأحدهما أقطع فلا قصاص على واحد منهما وعليهما نصف الدية وقال الشافعي
رحمه الله يقطع يدهما والمفروض إذا أخذ السكينا وأمراه على يده حتى
انقطعت له الاعتبار بالأنفس واليدان تابعة لها وأخرت حكمها أو

الانقطاع حصل باعتمادهما والجل متجزئ فيضاف الى كل واحد البعض
ولا مماثلة بخلاف النفس لان الازهاق لا يتجزى ولان القتل بطريق
الاجتماع غالب جزاء الفعل والاجتماع على قطع اليد من المفصل في حيز
الندبة لافتقاره الى مقدمات جلية فيلحقه الغوث قال وعليهما
نصف الدية لانه دية اليد الواحدة وهما قطعاها وان قطع واحد يمينى رجلين
فخصمه قالا ان تقطعا يده ويأخذا منه نصف الدية يقسمانه تنصيفا
سواء قطعهما معا او على التعاقب وقال الشافعي رحمه الله في التعاقب يقطع
بالاول وفي القران يقرع لان اليد استحقها الاول فلا يبقى استحقاق
فيما للثاني كالرهن بعد الرهن وفي القران اليد الواحدة لا تفي بالحقين
فيقرع بالقرعة ولنا انهما استويا في سبب الاستحقاق فيستويان في حكمه
كالقرابتين في التركة والقصاص بذلك الفعل ثبت مع المنافي لا بظاهره في الاستيفاء
اما الجل فخلو منه فلا يمنع ثبوت الثاني بخلاف الرهن لان الحق ثابت في المحل وصار
كما اذا قطع العبد يمينيهما على التعاقب يستحق رقبته لهما وان حضر واحد منهما
فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية لان الحاضر لم يستوفي لثبوت حقه وبرد
حق الغائب فاذا استوفى لم يبق محل الاستيفاء فيتعين حق الآخر في الدية لانه
او في به حقا مستحقا قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود وقال
زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يلاقي حق المولى بالابطال فصار كما اذا اقر بالمال
ولنا انه غير متهم فيه لانه يضر به فيقبل ولان العبد مبني على اصل الجزائية في حق
الزم عملا بالآدمية حتى لا يصح اقرار المولى عليه بالحد والقصاص ويبطلان
حق المولى بطريق الضمن فلا يبالي به ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه
الى آخر فانا فعليه القصاص للاول والدية للثاني على عاقلته لان الاول
عمد والثاني اخطأ نوعي الخطأ كانه رمى الى صيد فاصاب آدميا والفعل متعدد

يتعدد بتعدد الاثر والله اعلم **فصل** قال ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله عمدا قبل ان يبرأ يده او قطعه عمدا ثم قتله خطأ او قطع يديه
خطأ وبرأت يده ثم قتله خطأ او قطع يده عمدا فبرأت ثم قتله عمدا
فانه يوخذ بالامرين جميعا والاصل فيه ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن
تتميما للاول لان القتل في الاخر يقع بضربات متعاقبة وفي اعتبار كل
ضربة بنفسها بعض الجرح الا ان لا يمكن الجمع فيعطى كل واحد حكم نفسه
وقد تعذر الجمع في هذه الفصول الثلاثة الاولى لاختلاف حكم الفعلين
الاخرين لتخلل البرء وهو قاطع للسراية حتى لو لم تخلل كان انسانا
خطائين لجمع بالاجماع لامكان الجمع والكفي بدية واحدة ولئن كان قطع يده
عمدا ثم قتله عمدا قبل البرء يده فان شاء الامام قال اقطعوه ثم اقتلوه
وان شاء قال اقتلوه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يقتل ولا يقطع
له لان الجمع ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء فيجمع بينهما وله ان الجمع
متعذر اما لاختلاف بين الفعلين هو بين لان الموجب القود وهو يعتمد
المساواة في الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع وهو
متعذر او لان الجزء يقطع اضافة السراية الى القطع حتى لو جنى رجلان
يجب القود على الجاني فصار كتخلل البرء بخلاف ما اذا قطع ويرى ان الفعل
واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب الدية وهي بدل النفس من غير
اعتبار المساواة ولان اثر اليد انما يجب عند استحكام اثر الفعل وذلك بجنايته
بالجزء القاطع للسراية فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة ولا
يجتمعان اما القطع والقتل قصاصا يجتمعان قال ومن ضرب رجلا
مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة ففيه دية واحدة لانه لما برأ
منها لا يبقى معتبرة في حق الاثر وان يقيت في حق التعزير فبقي الاعتبار للعشرة
ولذلك كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر على اصل ابي حنيفة رحمه الله وعند ابي يوسف

رحمه الله في مثله حكومة عدل وعن محمد رحمه الله انه يجب اجرة الطبيب وان ضرب رجلا
ما يه سوط وجرحه وبقي لها اثر يجب حكومة عدل لبقاء الاثر والارش لها يجب
باعتبار الاثر في النفس قال ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع عنه عن
القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية لما روي ان عفا عن القطع وما يحدث
منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا اذا عفا عن القطع
فهو عفو عن النفس ايضا وعلى هذا الاختلاف اذا عفا عن الشجة ثم سرى الى
النفس ومات لهما ان العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر
او القتل اذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن احد موجبيه اتم كان وله ان
القطع يتناول السراية والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه
وصار كما اذا عفا عن الجناية فانه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا
وله ان سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصوم متقوم والعفو لم يتناوله
بصريحه لانه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين ان الواقع قتل
وحقه فيه ويجب توجب ضمانه فكان ينبغي ان يجب القصاص وهو القياس لانه هو
الموجب للعمد الا انا في الاستحسان نوجب الدية لان صورة العفو اورثت شبهة
وهي دارئة للقصاص ولا نسلم ان السارية نوع من القطع وان السراية المقيمة
صفة له بل السارية قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا
تتناوله بخلاف العفو عن الجناية لانه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة
وما يحدث منها لانه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ
فقد اجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا اخذ بذلك اطلاقه
انه ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال لان موجب
العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما انه ليس بمال فصار كما اذا اوصى باعاقة
ارضه اما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها
وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ وان كان عمدا فهي مالها ومهر اعتبار
حسنه رحمه الله لان العفو عن اليد اذا لم يكن عفوا عما يحدث عنه ثم القطع
ان كان عمدا يكون هذا تزوجها على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح
مهرا الا سميا على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعلى الدية في مالها ان التزوج
وان كان يتضمن العفو على ما بين لكن عن القصاص في الطرف في
هذه الصورة واذا سرى تبين انه قتل النفس ولم يتناوله العفو
فيجب الدية وهي في مالها لانه عمد والقياس ان يجب القصاص على ما بيناه
واذا وجب فلها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة ان كانا على
السواء وان كانت الدية فضل ترده على الورثة وان كان المهر ترده الورثة
عليها واذا كان القطع خطأ يكون هذا تزوجها على الارش اليد واذا
سرى الى النفس تبين انه لا ارش لليد وان المسمى معدوم فيجب مهر المثل
كما اذا تزوجها على ما في اليد ولا شيء فيها ولا يتقاصان لان الدية تجب
على العاقلة في الخطأ والمهر لها قال ولو تزوجها على اليد وما يحدث
منها او على الجناية ثم مات من ذلك والقطع عمد فلها مهر مثلها
لان هذا التزوج على القصاص وهو لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل
على ما بيناه وصار كما اذا تزوجها على خمر او خنزير ولا شيء عليها
لانه لما جعل القصاص مهرا فقد رضي بسقوطه بجهة المهر فيسقط
اصلا كما اذا اسقط القصاص بشرط ان يصير مالا فانه يسقط اصلا
وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية
لان هذا تزوج على الدية وهي تصلح مهرا الا انه يعتبر بقدر مهر المثل
من جميع المال لانه مريض مرض الموت والتزوج من الحوائج الاصلية
ولا يصح في حق الزيادة على مهر المثل لانه محاباة فيكون وصية

ويبلغ عن العاقلة لانهم يتحملون عنها من المال الذي يرجع عليهم بموجب جنايتها
وهذه الزيادة وصية لهم لانهم من اهل الوصية لما انهم ليسوا بقتلة فان
كانت تخرج من الثلث تسقط وان لم تخرج تسقط ثلثه وقال ابو يوسف ومحمد
رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على ايدٍ لان العفو عن اليد عفو عن الجد
منه عندهما فافترقا في الفصلين قال ومن قطعت يده فاقتص له
من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه لانه تبين ان الجناية كانت قتل عمد وحق
المقتص القود واستيفاء القطع لا يوجب سقوط القود لكن له القود اذا
استوفى طرف من عليه القود وعن ابي يوسف انه يسقط حقه في القصاص لانه
لما اقدم على القطع فقد ابرأه عما وراءه ونحن نقول انما اقدم على القطع
ظنا منه ان حقه فيه وبعد السراية تبين انه في القود فلم يكن مبرئا عنه بدون
العلم به قال ومن قتل وليه عمدا فقطع قاتله ثم عفى وقد قضي له
بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا
لا شيء عليه لانه استوفى حقه فلا يضمنه وهذا لانه استحق اتلاف النفس
بجميع اجزائه ولهذا لو لم يعف لا يضمنه وكذا اذا اسرى وما برأ او ما عفا
وما سرى او قطع ثم جز رقبته قبل البرء او بعده وصار كما اذا كان له
قصاص في الطرف فقطع اصابعه ثم عفا لا يضمن الاصابع وله انه استوفى
غير حقه لان حقه في القتل وهذا قطع وابانة وكان القياس ان لا يجب القصاص
الا انه سقط للشبهة فان له ان يتلفه تبعا واذا اسقط وجب المال وانما
يجب في الحال لانه يحتمل ان يصير قتلا بالسراية فيكون مستوفيا حقه وملك
القصاص في النفس صرورة لا يظهر الا عند الاستيفاء او العفو والاعتياض لما
انه تصرف فيه واما قبل ذلك لم يظهر لعدم الضرورة بخلاف ما اذا سرى
لانه استيفاء واما اذا لم يعف وما سرى فلما بينا من كونه قطعا بغير حق بالبرء
حتى لو قطع وما عفا وبرأ الصحيح انه على الخلاف واذا قطع ثم جز رقبته لاحتمال
ان يسري

قبل البرء فهو استيفاء ولو جز بعد البرء فهو على الخلاف هو الصحيح والاصابع
وان كانت تابعة فيما فالكف تابع لها فرضا للخلاف في الطرف لانها تابعة للنفس
من كل وجه قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى
النفس ومات يضمن دية النفس عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن
لانه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقييد بوصف السلامة لما فيه
من سد باب القصاص اذ الاجزاء عن السراية ليس في وسعه فصار كالامام
والبزاغ والحجام والمأمور بقطع اليد وله انه قتل بغير حق لان حقه اباحة الاستيفاء معلقة بشرط وهي
القطع وهذا وقع قتلا ولهذا لو وقع طلما كان قتلا ولانه جرح افضى
الى فوات الحيوة في مجرى العادة وهو مسمى القتل الا ان القصاص سقط للشبهة
فوجب المال بخلاف ما استشهد به من المسائل لانه مكلف فيها بالفعل اعتبارا
تقلد الامام او عقد الكراء في غير سنها والواجب لا تتقيد بوصف السلامة
كالرمي الى الجاني وفيما نحن فيه لا التزام ولا وجوب اذ هو مندوب الى العفو
فيكون من باب الاطلاق فاشبه الاصطياد

باب الشهادة في القتل

ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر
البينة على القتل ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة رحمه الله
وقالا لا يعيد وان حكم بها لم يعدها بالاجماع وكذلك الدين يكون بينهما على
الاختلاف وهذا لان القصاص طريقه طريق الوراثة كالدين وهذا لانه
عوض نفسه فيكون الملك فيه لمن له الملك في المعوض كما في الدية ولهذا
لو انقلب مالا يكون للميت ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح قبل الموت
فينتصب احد الورثة خصما عن الباقين وله ان القصاص طريقه الخلافة
دون الوراثة الا ترى ان ملك القصاص يثبت بعد الموت والميت ليس من
اهله بخلاف الدين والدية لانه من اهل الملك في الاموال كما اذا نصب شبكة و
تعقل بها صيد بعد موته فانه يملكه واذا كان طريقه الاثبات ابتداء لا ينتصب

احدهم خصما عن الباقين ليعيد البينة بعد حضورهم فان كان اقام
القاتل البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص
لانه ادعى على الحاضر سقوط حقه في القصاص الى مال ولا يمكنه اثباته
الا باثبات العفو عن الغائب فينتصب الحاضر خصما عن الغائب وكذلك
عبد بين رجلين قتل عمدا واحد الرجلين غائب فهو على هذا الخلاف
قال فان كان للاولياء ثلثة شهدوا اثنان منهم على اقراره انه قد عفى نصيبه
باطل وهو عفو منهما لانهما يحوزان على انفسهما مغنما وهو انقلاب
العفو مالا فان صدقهما القاتل في الدية سلم اثلاثا معناه اذا اكذبهما
لانه لما صدقهما فقد اقر بثلثي الدية لهما فصح اقراره الا انه يدعي سقوط حق
المشهود عليه وهو ينكر فلا يصدق ويغرم نصيبه وان كذبهما فلا شيء لهما
والاخر ثلث الدية معناه اذا كذبهما القاتل ايضا وهذا لانهما اقرا على
انفسهما بسقوط القصاص فقبل واذعيا انقلاب نصيبهما مالا فلا يقبل الا فلا يقبل
كحقه وينقلب نصيب المشهود عليه مالا لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة
ابتداء العفو منهما في حق المشهود عليه لان سقوط القود مضاف اليهما
وان صدقهما المشهود عليه وحده غرم القاتل ثلث الدية للمشهود عليه لاقراره
له بذلك قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات
فعلى القود اذا كان عمدا لان الثابت بالشهادة كالثابت معاينة وعلى ذلك
القصاص على ما بينا والشهادة على قتل العمد تحتمل على هذا الوجه لان الموت
بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش حتى مات وتاويله انه اذا
شهدوا انه ضربه بشيء جارح قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في خطاء
البلدان او في الذي كان به القتل فهو باطل لان القتل لا يعاد ولا يتكرر والقتل يثبت القود
في زمان او مكان غير القتل في زمان او مكان آخر والقتل بالعصا غير القتل
بالسلاح لان الثاني عمد والاول شبه العمد ويختلف احكامهما فكان على كل قتل

شهادة فرد وكذا اذا قال احدهما قتله بعصا وقال الاخر لا ادري باي شيء قتله
هو باطل لان المطلق يغاير المقيد قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري
باي شيء قتله ففيه الدية استحسانا والقياس ان لا تقبل هذه الشهادة لان
القتل يختلف باختلاف الآلة فجهل المشهود به وجه الاستحسان انهم شهدوا
بقتل مطلق والمطلق ليس بمحتمل فيجب اقل موجبيه وهو الدية ولانه يجمل اجمالا
الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه يتعذر اعلامه واقولوا كذبهم في نفي العلم
ظاهر ما ورد باطلاقه في اصلاح ذات البين وهذا في معناه فلا يثبت الا حتلا
بالشك ويجب الدية في ماله لان لا اصل في القتل العمد فلا يلزم العاقلة قال
واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله
ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على آخر بقتله وقال الولي
قتلتماه جميعا بطل ذلك كله والفرق لزوم الاقرار والشهادة تتناول كل واحد
منهما وجود كل القتل ووجوب القصاص وقد حصل التكذيب في الاول من المقر
له والمشهود له في الثاني غير ان تكذيب المقر له المقر في بعض ما اقر به لا يبطل اقراره
في الباقي وتكذيب المشهود له الشاهد في بعض ما شهد به يبطل شهادته اصلا لان
التكذيب تفسيق وفسق الشاهد يمنع القبول اما فسق المقر لا يمنع صحة الاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله تعالى ثم وقع به
السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء عليه لانه بالارتداد
اسقط تقوم نفسه فيكون هدرا بالرامي عن موجبه كما اذا ابرأه بعد الجرح
قبل الموت وله ان الضمان يجب بفعله وهو الرمي اذ لا فعل منه بعده فيعتبر
حالة الرمي والمرمي اليه فيها متقوم ولهذا يعتبر حالة الرمي في حق الحل حتى
لا يجرم بردة الرامي بعد الرمي وكذا في حق التكفير حتى جاز بعد الجرح قبل
الموت في الفعل وان كان عمدا فالقود سقط للشبهة ووجب الدية ولو رمى في ابطال التقوم وقد تقدم

اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا
رمى حربيا ثم اسلم لان الرمي ما انعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب
موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك قال فان عبدا فاعتقه مولاه
ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله
فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقول ابي يوسف رحمه الله مع ابي حنيفة رحمه الله
له ان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقي مجرد الرمي وهو جناية
ينتقص بها قيمة المرمي اليه بالاضافة الى ما قبل الرمي فيجب ذلك ولهما انه
يصير قاتلا مستردا بالرمي لان فعله الرمي وهو مملوك في تلك الحالة فيجب قيمته بخلاف
القطع والجرح لانه اتلاف بعض المحل فانه يوجب الضمان للمولى وبعد السراية
لو وجب شيء لوجب للعبد فيصير النهاية مخالفة للبداية واما الرمي قبل الاصابة
ليس باتلاف شيء منه لانه لا اثر له في المحل وانما فات الرغبات فيه فلا يجب به الضمان
فلا يخالف النهاية والبداية فيجب قيمته للمولى وزفر رحمه الله وان كان يخالفنا
في وجوب القيمة نظرا الى حالة الاصابة فالحجة عليه ما حققناه قال
قضي عليه بالرجم فرماه رجل لم يرجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على
الرامي لان المعتبر حالة الرمي وهو مباح الدم فيها واذا رمى المجوسي صيدا
ثم اسلم ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تجوس
والعياذ بالله لم يؤكل لان المعتبر حالة الرمي في حق الحل والحرمة اذ الرمي
هو الذكوة فيعتبر الاهلية وانسلابها عنه ولو رمى المحرم صيدا ثم حل وقعت
الرمية بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه لان
الضمان انما يجب بالتعدي وهو رميه في حالة الاحرام وفي الاول هو محرم وقت
الرمي وفي الثاني حلال فلهذا افترقا والله اعلم

كتاب الديات

قال

وفي شبه العمد دية مغلظة على العاقلة وكفارة على القاتل وبيناه

قال صلى الله عليه

في اول الجنايات قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة لقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة الآية فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين بهذا النص
ولا يجزي فيه الاطعام لانه لم يرد به نص والمقادير تعرف بالتوقيف
ولانه جعل المذكور كل الواجب بحرف الفاء او لكون كل المذكور
على ما عرف ويجزي فيه رضيع احد ابويه مسلم لانه مسلم به فيكمل
الظاهر سلامة اطرافه ولا يجزيه ما في البطن لانه لا يعرف حيوته
ولا سلامته قال وهو الكفارة في الخطأ لما تلوناه ودية عند
ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله مائة من الابل اثلاثا ثلاثون
بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون
حقة وخمس وعشرون جذعة وقال محمد والشافعي رحمهما الله ثلثون
جذعة وثلثون حقة واربعون ثنية كلها خلفات في بطونها اولادها
لقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا
وفيه مائة من الابل اربعون منها في بطونها اولادها وعن عمر وزيد
رضي الله عنهما ثلثون حقة وثلثون جذعة ولان ديته شبه العمد
اغلظ وذلك فيما قلناه ولهما قوله عليه السلام في نفس مؤمن مائة من
الابل وما رواه غير ثابت لاختلاف الصحابة رضي الله عنهم في صفته
التغليظ وابن مسعود رضي الله عنه قال بالتغليظ اثلاثا كما ذكرنا
وهو كالمرفوع فيعارض به ولا تثبت التغليظ الا بالخاصة
لان التوقيف فيه فان قضي بالدية في غير الابل لم تغلظ لما قلنا قال
وفي الخطأ تجب به الدية على العاقلة والكفارة على القاتل لما بينا
من قبل قال والدية في الخطأ مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض
وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون
جذعة وهذا قول ابن مسعود رضي الله عنه واخذنا نحن والشافعي رحمه الله

به لروايته ان النبي عليه السلام قضى في قتيل قتل خطأ خمسين على
نحو ما قال ولان ما قلنا اخف وكان البيق بحالة الخطأ لان الخاطئ معذور
غير ان عند الشافعي رحمه الله يقضي بعشرين من ابل لبون مكان ابن مخاض
والحجة عليه ما ذكرناه قال ومن الغبن الف دينار ومن الورق عشرة
آلاف درهم وقال الشافعي رحمه الله من الورق اثنا عشر الفا لما روى
ابن عباس رضي الله عنهما ان النبي عليه السلام قضى بذلك ولنا
ما روى عمر رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قضى بالدية في قتيل بعشرة
آلاف درهم وتاويل ما روى انه قضى من دراهم كان وزنها وزن ستة
ستة وقد كانت كذلك قال ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال منها ومن البقرة مائتا بقرة ومن الغنم الفا
شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لان عمر رضي الله عنه هكذا جعل
على اهل كل مال منها وله ان التقدير اما يستقيم لشيء معلوم المالية
وهذه اشياء مجهولة المالية ولهذا لا تقدر بها ضمان والتقدير بالابل
معروف بالاثار المشهورة عن سلفنا في غيرها وذكر في المعاقل انه لو صالح
على الزيادة على مائتي حلة او مائتي بقرة لا يجوز وهذا انه التقدير
بذلك لم يقل من قول الكل فيرتفع الخلاف وقيل هو قولهما والوجه
على التنصيف من دية الرجل وقد ورد هذا اللفظ عن علي رضي الله عنه
ومرفوعا الى النبي عليه السلام وقال الشافعي رحمه الله ما دون الثلث
لا تتقدر واما قوله زيد بن ثابت رضي الله عنه والحجة عليه ما
روينا بعمومه ولان جمالها النقص من جمال الرجل ومنفعتها
اقل وقد ظهر اثر النقصان بالتنصيف في النفس فكذا في اطرافها
واجراؤها اعتبارا بها وبالثلث وما فوقه قال ودية المسلم
والذمي سواء وقال الشافعي رحمه الله دية اليهودي والنصراني اربعة

آلاف درهم ودية المجوسي ثمانمائة درهم وقال مالك رحمه الله دية اليهودي
والنصراني ستة آلاف درهم لقوله عليه السلام عقل الكافر نصف عقل
المسلم والكل عنده اثنا عشر الفا وللشافعي رحمه الله ما روي ان النبي
عليه السلام جعل دية اليهودي والنصراني اربعة آلاف درهم ودية
المجوسي ثمانمائة درهم ولنا قوله عليه السلام دية كل ذي عهد في عهده
الف دينار وكذلك قضى ابو بكر وعمر رضي الله عنهما وما رواه الشافعي
رحمه الله لم يعرف رواية ولم تذكره كتب الحديث وما روينا اشهر مما رواه
مالك فانه ظاهر به عمل الصحابة رضي الله عنهم

فصل فيما دون النفس

قال في النفس الدية وقد ذكرناه وفي المارن الدية
وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية لما روي سعيد بن
المسيب رحمه الله ان النبي عليه السلام قال في النفس الدية وفي اللسان
الدية وفي المارن الدية وهكذا هو في الكتاب الذي كتبه رسول الله
صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم رضي الله عنه ولان في الاطراف ابقاء
المنافع وفوت حسن منفعة على الكمال وازالة جمال مقصود وفي الآدمي
على الكمال يجب كل الدية لاتلافه النفس من وجه وهو ملحق بالاتلاف
من كل وجه تعظيما للآدمي اصله قضاء رسول الله عليه السلام بالدية كاملة
في اللسان والانف وعلى هذا ينبني فروع كثيرة فنقول في الانف الدية
لانه ازالة الجمال على الكمال وهو مقصود وكذا اذا قطع المارن او الارنبة
لما ذكرنا ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانه
عضو واحد وكذا اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق
وكذا في قطع بعضه اذا منع الكلام لتفويت منفعة مقصودة وكانت
الآلة قائمة ولو قدر على الكلام ببعض الحروف قيل يقسم على عدد الحروف
وقيل على عدد حروف يتعلق باللسان بمقدار ما لا يقدر بحرف فيلزم

فيرد على اكثرها بحكومة عدل لحصول الاخلال فيها مع الاخلال وان عجز عن ادا
الاكثر يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منفعة الكلام وكذا الذكر
لانه يفوت به منفعة الوطي والايلاد واستمساك البول به ودفق الماء
والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لان
الحشفة اصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له قال
وفي العنين اذا ذهب بالضرب الدية لفوات منفعة الايلاج اذ به ينتفع
نفسه في معاشه ومعاده وكذا اذا ذهب سمعه او بصره او شمه او
ذوقه لان كل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي ان عمر رضي الله عنه
قضى باربع دياتٍ في ضربةٍ واحدة ذهب بها العقل والكلام والسمع
والبصر قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية لانه تفوت به منفعة
الجمال قال وفي شعر الراس الدية لما قلنا وقال مالك وهو قول الشافعي
رحمهما الله يجب فيها حكومة عدل لان ذلك زيادة في الادمي ولهذا يحلق
شعر الراس كله واللحية بعضها في بعض البلاد وصار كشعر الصدر
والساق ولهذا يجب في شعر العبد نقصان القيمة ولنا ان اللحية
وفيها جمال وفي حلقها تفويته على الكمال فيجب الدية كما في الاذنين الشاخصتين
وكذا شعر الراس جمال الا ترى انه من عادته حلقه فيتكلف في ستره بخلاف
شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال اما لحية العبد فعن ابي حنيفة
رحمه الله انه يجب كمال القيمة والصحيح على الظاهر ان المقصود من العبد المنفعة
لاستعمال جزء الجمال بخلاف الحر قال وفي الشارب حكومة عدل هو الاصح
لانه تابع اللحية فصار كبعض اطرافها ولحية الكوسج ان كان على ذقنه
شعرات معدودة فلا شيء في حلقه لان وجوده كعدمه ولا يزينه وان كان
اكثر من ذلك فكان على الذقن والخد جميعا لكنه غير متصل ففيه حكومة
عدل لان فيه بعض الجمال وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج

وفيه معنى الجمال وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب
شيء لانه لم يفت اثر الجناية ويؤدب على ارتكابه ما لا يحل وان نبت بيضاء
فعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا يجب شيء في الحر لانه يزيده جمالا وفي العبد يجب
حكومة عدل لانه ينقص قيمته وعندهما يجب حكومة عدل لانه في غير اوانه
يشينه ولا يزينه ويستوي الخطأ والعمد على هذا الجمهور وفي الحاجبين
الدية وفي احدهما نصف الدية وعند مالك والشافعي رحمهما الله يجب حكومة
عدل وقد مر الكلام فيه في اللحية قال وفي العينين الدية وفي اليدين
الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية وفي الاذنين الدية وفي الانثيين
الدية كذا روي في حديث سعيد بن المسيب رحمه الله عن النبي عليه السلام قال
وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفيما كتبه النبي عليه السلام لعمرو بن
حزم وفي العينين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان في تفويت الانثيين
من هذه الاشياء تفويت جنس المنفعة او كمال الجمال يجب كل الدية وفي تفويت
احدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قال وفي ثديي المرأة الدية
لما فيه من تفويت جنس المنفعة وفي احدهما نصف دية المرأة لما بيناه
بخلاف ثدي الرجال حيث يجب حكومة عدل لانه ليس فيه تفويت المنفعة و
الجمال وفي حلمتي المرأة الدية كاملة لفوات جنس منفعة الارضاع وامساك
اللبن وفي احديهما نصفها لما بيناه قال وفي اشفار العين الدية
وفي احدها ربع الدية قال رضي الله عنه يحتمل ان المراد الاهداب
مجازا كما ذكر محمد رحمه الله في الاصل المجاورة كالجوار في القرية وهي حقيقة
في البعير وهذا لانه يفوت به الجمال على الكمال وجنس المنفعة وهي منفعة
دفع القذى والاذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب
في الكل كل الدية وهي اربعة كان في احدها ربع الدية وفي الثلاثة منها ثلاثة
ارباعها ويحتمل ان يكون مراده منبت الشعر والحكم فيه هكذا ولو قطع

الجفون باهدابها ففيه دية واحدة لان الكل كشيء واحد وجاء كالمابين
مع القصبة قال وفي كل اصبع من اصابع اليدين والرجلين عشر من الابل
لقوله عليه السلام في كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت جنس المنفعة
وفيه دية كاملة وهي عشر فينقسم الدية عليها قال والاصابع كلها سواء
لاطلاق الحديث ولانها سواء في اصل المنفعة فلا يعتبر الزيادة فيه كاليمين
مع الشمال وكذا الاصابع الرجلين لانه تفويت نقطع كلها منفعة المشي
فيجب الدية كاملة ثم فيها عشر اصابع فينقسم الدية عليها اعتبارا قال
وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيها
مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع وهو مطيوا انقسام دية اليد
على الاصابع قال وفي كل سن خمس من الابل لقوله عليه السلام في حديث
ابي موسى الاشعري رضي الله عنه وفي كل سن خمس من الابل والاسنان والاضراس
سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض الروايات والاسنان كلها سواء
ولان كلها في اصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاضل كالايدي والاصابع
وهذا اذا كان خطأ فان كان عمدا ففيه القصاص وقد مر في الجنايات
قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد اذا
شلت والعين اذا ذهب ضوءها لان المتعلق بفوت جنس المنفعة
لا فوات الضوء ومن ضرب جلب غيره فاوجب الدية لتفويت جنس
المنفعة وكذا لو اجرحه لانه فوت حيا لا على الكمال وهو استواء القامة
فلو زال الجرح لا شيء عليه لزواله لا عن اثر

فصل في الشجاج

قال الشجاج عشرة الحارصة وهي التي تخرص الجلد اي تخرشه ولا تخرج
الدم والدامعة وهي التي تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين و
الدامية وهي التي تسيل الدم والباضعة وهي التي تاخذ في اللحم والسمحاق
وهي التي تصل الى السمحاق وهي جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الراس

والموضحة وهي التي تكشف العظم والمنقلة وهي التي تنقل العظم بعد
الكسر اي تحوله والآمة وهي التي تصل الى ام الراس وهو الذي فيه الدماغ
قال ففي الموضحة القصاص لما روي ان النبي عليه السلام
قضى بالقصاص في الموضحة ولانه يمكن ان يتناهى السكين الى العظم فيتيسر ويان
فيتحقق القصاص قال ولا قصاص في بقية الشجاج لانه لا يمكن اعتبار
المساواة فيها لانه لا حد تنتهي السكين اليه ولان فيما فوق الموضحة
كسر العظم ولا قصاص فيه وهذا رواية عن ابي حنيفة رحمه الله وقال محمد
رحمه الله في الهاشمة والمنقلة والآمة
يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف هلاك
غالب فيستبر غورها بمسبار ثم تحفر بقدر ذلك فيقطع بها مقدار
ما قطع فيمكن استيفاء القصاص قال وفيما دون الموضحة حكومة
العدل لانه ليس فيها ارش مقدر ولا يمكن اهداره فوجب اعتباره بالحكم
بعدل وهو ما روي عن النخعي وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله قال وفي
الموضحة ان كانت خطأ نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي
المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية وفي الآمة ثلث الدية وفي الجائفة ثلث
الدية فان نفذت فهما جائفتان ففيهما ثلثا الدية لما روي في كتاب
عمرو بن حزم رضي الله عنه ان النبي عليه السلام قال في الموضحة خمس من
الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة وفي الآمة ويروى في المأمومة
ثلث الدية وقال عليه السلام في الجائفة ثلث الدية وعن ابي بكر رضي الله عنه
انه حكم في جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثي الدية ولانها اذا نفذت
نزلت منزلة الجائفتين احدهما من جانب البطن والاخرى من جانب الظهر
وفي كل جائفة ثلث الدية فلهذا وجب النافذة ثلثا الدية وعن محمد
رحمه الله انه جعل المتلاحمة قبل الباضعة وقال هي التي تتلاحم فيها الدم

ويسود وما ذكرناه بديا مروي عن ابي يوسف رحمه الله وهذا اختلاف عبارة
لا يعود الى معنى وحكم وبعد هذه الشجة اخرى تسمى الدامغة وهي التي تصل
الى الدماغ وانما لم يذكرها لانها نفع قتلا في الغالب لا جناية مقتصرة مفردة
تحكم على حدة ثم هذه الشجاج تختص بالوجه والراس لغة وما كان في غير
الوجه والراس يسمى جراحة والحكم مرتب على الحقيقة في الصحيح حتى لو تحقق
في غيرهما نحو الساق واليد لا يكون لها ارش مقدر وانما يجب حكومة عدل
لان التقدير بالتوقيف وهو انما ورد فيما يختص بهما ولانه انما ورد الحكم
فيها لمعنى الشين الذي يلحقه ببقاء اثر الجراحة والشين يختص بما يظهر منها
في الغالب وهو العضوان هذان لا سواهما واما اللحيان فقد قيل
ليسا من الوجه وهو قول ابي الكرخ رحمه الله حتى لو وجد فيهما ما فيه ارش مقدر
لا يجب المقدر وهذا لان الوجه مشتق من المواجهة ولا مواجهة للناظر فيهما
الا ان هذين هما من الوجه لانتصابهما به من غير فاصل وقد يلحق منه معنى
المواجهة ايضا وقالوا الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن
وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي رحمه الله ان تقوم مملوكا بدون
هذا الاثر وتقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بين القيمتين وان كان نصف
عشر القيمة يجب نصف عشر الدية وان كان ربع عشر فربع عشر وقال الكرخي رحمه الله
ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية
لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه **فصل** وفي اصابع
اليد نصف الدية لان في كل اصبع عشر الدية على ما روينا فكان في الخمس نصف
الدية ولان قطع الاصابع تفويت جنس منفعة البطش وهو الموجب
على ما مر وان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لقوله عليه السلام
في اليدين الدية وفي احدهما نصف الدية ولان الكف تبع الاصابع لان البطش
بها وان قطعها مع نصف الساعد ففي الاصابع والكف نصف الدية وفي

وفي الزيادة حكومة العدل وهو رواية عن ابي يوسف رحمه الله وعنه ان
ما زاد على اصابع اليد والرجل فهو تبع الى المنكب والمأبض لان الشرع
اوجب في اليد الواحدة نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب
فلا يزاد على تقدير الشرع ولهما ان اليد آلة باطشة والبطش يتعلق بالكف
والاصابع دون الذراع فلم يجعل الذراع تبعا في حق التضمين ولانه لا وجه
الى ان يكون تبعا للاصابع لان بينهما عضوا كاملا ولا الى ان يكون تبعا الكف
لانه تابع ولا تابع للتبع قال وان قطع الكف من المفصل وفيها اصبع
واحد ففيه عشر الدية وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في الكف وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ينظر الى ارش الكف والاصبع فيكون عليه
الاكثر وبرجل الغليل في الكثير لانه لا وجه الى الجمع بين الارشين لان
الكل شيء واحد ولا الى الهدار احدهما لان كل واحد اصل من وجه فيه
بالكثير وله ان الاصابع والكف تابع حقيقة وشرعا لان البطش يقوم
واوجب الشرع في اصبع واحد عشرا من الابل والترجيح من حيث الذات
والحكم اولى من الترجيح من حيث مقدار الواجب ولو كان في الكف ثلثة
اصابع يجب ارش الاصابع ولا شيء في الكف بالاجماع لان الاصابع
اصول في التقوم والاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت الاصابع
قائمة باسرها قال وفي اصبع الزائدة حكومة عدل تفريقا للآدمي
لانه جزء من بدنه لكن لا منفعة فيه ولا زينة وكذلك السن الشاغية لما
قلنا وفي عين الصبي وذكره ولسانه اذا لم يعلم صحته حكومة عدل
وقال الشافعي رحمه الله يجب ديته كاملة لان الغالب فيه الصحة فاشبه قطع
المادن والاذن ولنا ان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا
لم يعلم صحتها لا يجب الارش الكامل بالشك والظاهر لا يصلح حجة
للالتزام بخلاف المادن والاذن الشاخصة لان المقصود هو الجمال

وقد فوته على الكمال وكذلك لو استهل الصبي لانه ليس بكلام وانما هو مجرد
صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفي الذكر بالحركة وفي العين بما يستدل
به على النظر فيكون بعد ذلك حكمه حكم البالغ في العمد والخطأ قال ومن
شج رجلا فذهب عقله او شعر رأسه دخل ارش الموضحة في الدية لان فوات العقل
سطل منفعة جميع الاعضاء فصار كما اذا اوضحه فمات وارش الموضحة يجب
بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط والدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا
بسبب واحد فدخل الجزء في الجملة كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده وقال
زفر رحمه الله لا يدخل ارش كل واحد جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان
كسائر الجنايات وجوابه ما ذكرناه قال وان ذهب سمعه او بصره او
كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية قالوا هذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
رحمهما الله وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشجة تدخل في دية السمع والكلام
ولا تدخل في دية البصر وجه الاول ان كلا منهما جناية فيما دون النفس والمنفعة
مختصة به فاشبه الاعضاء المختلفة بخلاف العقل لان منفعته غاية الى ينبغي
جميع الاعضاء على ما بينا وجه الثاني ان السمع والكلام مبطن فيعتبر
بالعقل والبصر ظاهر فلا يلحق به وفي الجامع الصغير ومن شج رجلا
موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله قالوا وينبغي
ان تجب الدية فيهما وقال في الموضحة القصاص قالوا وينبغي ان تجب الدية في
العينين وفي ان قطع اصبع رجل من المفصل الاعلى فشل ما بقي من الاصبع
او البد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك وينبغي ان تجب الدية في المفصل
الاعلى وفيما بقي حكومة وكذلك لو كسر نصف سن رجل فاسود ما بقي ولم
يحك خلافا وينبغي ان تجب الدية في السن كله ولو قال المقطع وانزع ما يبس
او اكسر القدر المكسور واترك الباقي لم تكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع
موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال اشجه موضحة واترك الزيادة

لها في الخلافية ان الفعل في محلين فيكون جنايتين مبتدأتين فالشبهة
في احدهما لا يتعدى الى اخرى كمن رمى الى رجل عمدا فاصابه ونفذ الى غيره
فقتله يجب القود في الاول وله ان الجراحة الاولى سارية والجزاء بالمثل وليس
في وسعه السراية فيجب المال ولان الفعل واحد حقيقة وهو الحركة القائمة
وكذا المحل يتحد من وجه لاتصال احدهما بالآخر فاورثت شبهة الخطأ
في البداية بخلاف النفسين لان احدهما ليس من سراية صاحبه وبخلاف ما اذا
وقع السكين على الاصبع لانه ليس فعلا مقصودا وان قطع اصبعا فشلت
الى جنبها اخرى فلا قصاص في شيء من ذلك عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا وزفر
والشافعي رحمهم الله يقتص من الاول وفي الثانية ارشها والوجه من الجانبين
قد ذكرناه وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله في المسئلة الاولى وهو ما اذا
شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص فيهما لان الحاصل بالسراية
مباشرة كما في النفس والبصر يجري فيه القصاص بخلاف الخلافية الاخيرة
لان الشلل لا قصاص فيه فصار الاصل عند محمد رحمه الله على هذه الرواية
ان سراية ما يجري فيه القصاص الى ما لا يمكن فيه القصاص يوجب القصاص
كما لو اتلف النفس وقد وقع الاول طلبا وجه المشهور ان ذهاب البصر
بطريق التسبيب الا ترى ان الشجة بقيت موجودة في نفسها ولا قود في
التسبيب بخلاف السراية الى النفس لانه لا يبقى الاولى واذا نقلت الثانية
مباشرة ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص في الباقي رواية ابن
سماعة رحمه الله ولو اوضحه موضحتين فتآكلتا فهو على الروايتين
ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها اخرى سقط الارش في قول ابي حنيفة رحمه
وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية قد تحققت والحادث نعمة مبتداة
من الله تعالى وله ان الحياة انعدمت معنى فصار كما اذا قلع سن صبي فنبتت
لا يجب الارش بالاجماع لانه لم يفت عليه منفعة ولا زينة وعن ابي يوسف

رحمه الله يجب حكومة عدل لكان لم الحاصل ولو قلع سن غيره فرده صاحبها الى مكانها وثبت عليها الجمع فعلى القالع الارش بكماله لان هذا مما
لا يعتد به العرف لا تعود وكذا اذا قطع اذنه فالصقها فالتحمت لانها
لا تعود الى ما كانت عليه ومن نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه من
النابت فنبت السن الاول على الاول لصاحبه خمسمائة درهم ثبت انه اسود
بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبت مكانها اخرى فانعدمت
الجناية ولهذا تستانى حولا بالاجماع وكان ينبغي ان يشترط اليأس في ذلك
للقصاص الا ان في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه تبين
فيه ظاهرا فاذا مضى الحول ولم ينبت صبينا القصاص فاذا نبت تبين
انا اخطانا فيه والا ستيفاء كان بغير حق الا انه لا يجب القصاص للشبهة
فيجب المال ولو ضرب انسانا سنه فتحركت تستانى حولا لتظهر اثر فعله فلو
اجله القاضي سنة ثم جاء المضروب وقد سقطت سنه واختلفا فيه البينة
فما سقط فضربه فالقول للمضروب ليكون التاجيل مفيدا وهذا لان
ما اذا شجه موضحة فجاء وقد صارت منقلة واختلفا حيث يكون القول
قول الضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة اما التحريك يورث السقوط
فافترقا وان اختلفا بعد ذلك بعد السنة فالقول للضارب لانه يتأثر فعله
وقد مضى اجل الدرك وقته القاضي لظهور الاثر فكان القول للمنكر ولو
لم يسقط لا شيء على الضارب وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب حكومة الالم
وسنبين الوجهين بعد هذا ان شاء الله تعالى ولو لم يسقط ولكنها اسودت
يجب الارش في الخطاء على العاقلة وفي العمد في ماله ولا يجب القصاص
لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يسود منه وكذا اذا كسر بعضه واسود
الباقي لما قلنا وكذا لو احمر واخضر ولو اصفر فيه روايتان
قال ومن شج رجلا فالتحمت الشجة ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط

الارش عند ابي حنيفة رحمه الله لزوال الشين الموجب وقالا ابو يوسف رحمه الله
يجب ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال
فيجب تقديره وقال محمد رحمه الله عليه اجرة الطبيب لانه انما يلزمه اجر الطبيب
وثمن الدواء بفعله فصار كانه اخذ ذلك من ماله الا ان ابا حنيفة رحمه الله يقول
ان المنافع على اصلنا لا تتقوم الا بالعقد او بشبهته ولم يوجد هنا
الا اجارة الفاسد والمضاربة الفاسدة والدار المعارة
للثاني فلا يغرم شيئا قال ومن ضرب رجلا مائة بسوط فجرحه فبرأ منها
فعليه ارش الضربة معناه اذا بقي اثر الضرب فاما اذا لم يبق اثره فهو
على الخلاف فيما مضى في الشجة الملتحمة قال ومن قطع يد رجل خطأ
ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد لان الجناية من جنس واحد
والموجب واحد وهو الدية وانها بدل النفس بجميع اجزائها فدخل
في النفس كانه قتله ابتداء قال ومن جرح رجلا جراحة لم تقتص منه
حتى يبرأ وقال الشافعي رحمه الله تقتص منه في الحال اعتبارا بالقصاص
في النفس وهذا لان الموجب قد تحقق فلا يتعطل ولنا قوله عليه السلام
يستاني في الجراحات سنة ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لا حالها لان حكمها
في الحال غير معلوم فلعلها تسري الى النفس فيظهر انه قتل وانما يستقر
الامر بالبرء قال وكل عمد سقط القصاص فيه لشبهة فالدية في
مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل لقوله عليه السلام
لا تعقل العواقل عمدا الحديث وهذا عمد غير ان الاول يجب في ثلث
سنين لانه مال وجب بالقتل ابتداء فاشبه شبه العمد والثاني يجب حالا
لانه مال واجب بالعقد فاشبه الثمن في البيع قال واذا قتل الاب
ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي رحمه الله يجب حالا
لان الاصل انما يجب بالاتلاف حالا والتاجيل للتخفيف في الخاطئ
وهذا عامد فلا يستحقه ولان المال وجب جبرا لحقه وحقه في نفسه

جاز فلا يجب بالموجل ولنا انه مال واجب بالقتل فيكون موجلا كدية
الخطاء وشبه العمد وهذا لان القياس يأبى تقويم الآدمي بالمال لعدم
التماثل وانتفاء الجزء ثبت بالشرع وقد ورد به موجلا لا معجلا فلا يعدل عنه
لاسيما الى زيادة ولما لم يجز التغليظ باعتبار العدد قدرنا الاخوين
وصيا وكل جناية اعترف بها الجاني في ماله ولا يصدق على عاقلته لما روينا
ولان الاقرار لا يتعدى المقر لقصور ولايته عن غيره فلا يظهر في حق
العاقلة قال وعمد الصبي والمجنون خطأ وفيه الدية على العاقلة
وكذا كل جناية موجبها حسب ما بينا فيما عدا والمعتوه كالمجنون وقال الشافعي
رحمه الله عمده عمد حتى يجب الدية في ماله لانه عمد حقيقة اذ العمد هو القصد
غير انه تخلف عنه احد حكميه وهو القصاص فيبقى حكمه الآخر وهو الوجوب
في ماله ولهذا يجب الكفارة به ويحرم من الميراث على اصله لانهما يتعلقان بالقتل
ولنا ما روي عن علي رضي الله عنه انه جعل عقل المجنون على عاقلته وقال عمده
وخطاؤه سواء ولان القصاص خلفه المرحمة والعاقلة الخاطئ لما استحق
التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة فالصبي وهو اعذر اولى بهذا التخفيف
ولا نسلم تحقق العمد فانه يترتب على العلم والعلم بالعقل والمجنون عديم
العقل والصبي قاصر العقل فأنى يتحقق منهما القصد فصار كالنائم وحرمان
الميراث عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة والكفارة كما سميناها ستارة
ولا ذنب فيستر لانهما مرفوعا القلم والله اعلم **فصل في الجنين**
قال واذا ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة نصف عشر الدية
قال رضي الله عنه معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المرأة
وكل منهما خمسمائة درهم والقياس ان لا يجب شيء لانه لا يتيقن بحيوته والظاهر
لا يصلح حجة للاستحقاق وجه الاستحسان ما روي ان النبي عليه السلام قال في
الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة وروي او خمسمائة فتركنا القياس بالاثر
وهو حجة على من قدرها باستمائة نحو مالك والشافعي رحمهما الله وهي على
العاقلة عندنا اذا كانت خمسمائة درهم وقال مالك رحمه الله في ماله لانه بدل الجزء
ولنا انه عليه السلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس ولهذا لا تجب على العاقلة
سماه النبي عليه السلام دية حيث قال دوه وقالوا انذر من لا صاح
ولا استدلال بالحديث لان العواقل لا يعقلن ما دون خمسمائة ويجب في سنة
وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لان هذا بدل النفس ولهذا تكون
موروثا بين ورثته ولنا ما روي عن محمد بن الحسن رحمه الله انه قال بلغنا ان
رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل على العاقلة في سنة واحدة ولانه لو
كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو من حيث الانتقال
بالموت فعملنا بالشبه الاول في حق التوريث وبالثاني في حق التأجيل الى
سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية او اقل او اكثر من نصف العشر يجب
في سنة بخلاف اجزاء الدية لان كل جزء منها على من وجب عليه في ثلاث سنين
ويستوي فيه الذكر والانثى لاطلاق ما روينا ولان في الجنين اختلاف
التفاوت لتفاوت معاني الآدمية ولا تفاوت في الجنين فيتقدر بمقدار
واحد وهو خمسمائة فان القت حيا ثم مات ففيه الدية كاملة لانه اتلف حيا
بالضرب السابق وان القت حيا ثم مات من الام فعليه دية بقتل الام وغرة
بالقائها وقد صح انه عليه السلام قضى في هذا بالدية والغرة وان ماتت الام
من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه دية الام ودية في الجنين
لان قاتل شخصين وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية الام ولا شيء في الجنين
وقال الشافعي رحمه الله يجب الغرة في الجنين لان الظاهر موته بالضرب
فصار كما اذا القته ميتا وهي حية ولنا ان موت الام اجر سببي موته
لانه يختنق بموتها اذ تنقبض بتنفسها فلا يجب الضمان بالشك وقال
وما يجب في الجنين موروث عنه لانه بدل نفسه فيرثه ورثته ولا يرثه

الضارب حتى لو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة
ولا يرث منها الضارب لانه قاتل بغير حق بباشرة ولا ميراث للقاتل قال
وفي جنين الامة اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو
كان انثى وقال الشافعي رحمه الله فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء
يوخذ مقدرا بها من الاصل ولنا انه بدل نفسه لان ضمان الطرف الجاب الاعد
ظهر النقصان ولا يعتبر به في ضمان الجنين فكان بدل نفسه فيقدر بها
وقال ابو يوسف رحمه الله يجب ضمان النقصان لو انتقصت الام اعتبارا
بجنين البهائم وهذا لان الضمان في قتل الرقيق ضمان مال عنده على ما نذكر
ان شاء الله فيصح الاعتبار على اصله فان ضربها فاعتق المولى ما في بطنها
ثم القته حيا ثم مات فعليه قيمته حيا ولا يجب الدية وان مات بعد العتق
لانه قتله بالضرب السابق فكان في حالة الرق فلهذا يجب القيمة دون
الدية ويجب قيمته حيا لانه صار قاتلا اياه وهو حي فنظرنا الى حالة السبب
والتلف وقيل هذا عندهما وعند محمد رحمه الله يجب قيمة ما بين كونه مضروبا
الى كونه غير مضروب لان الاعتاق قاطع للسراية على ما بينا من بعد
ان شاء الله تعالى قال ولا كفارة في الجنين وعند الشافعي رحمه الله
يجب لانه نفس من وجه فيجب الكفارة احتياطا ولنا ان الكفارة فيها معنى
العقوبة وقد عرفت في النفوس المطلقة فلا تتعداها ولهذا لم يجب كل
الدية قالوا الا ان يشاء ذلك لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب الى الله
كان افضل له ويستغفر مما صنع والجنين الذي فرغ استبان بعض خلقه
بمنزلة الجنين التام في جميع هذه الاحكام لاطلاق ادلتنا ولانه لا بد في
حق امومية الولد وانقضاء العدة والنفاس وغير ذلك فكذا في حق
هذا الحكم ولان هذا القدر يتميز عن العلقة والدم فكان نفسا والله اعلم

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

قال ومن اخرج الى الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او
جرصنيا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس ان ينزعه لان لكل واحد صاحب
حق المرور بنفسه وبدوابه فكان له حق النقض لو احدث غيرهم فيه شيئا فكذا
في حق المشترك قال ويسع للذي عمله ان ينتفع به ما لم يضر بالمسلمين
لان له حق المرور ولا ضرر فيه فيكون هو في معناه اذ المانع متعنت
فاذا اضر بالمسلمين كره له ذلك لقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار لنفسه ولغيره وقد
في الاسلام قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع المجاري
كنيفا ولا ميزابا الا باذنهم لانها مملوكة لهم ولهذا وجبت الشفعة لهم على
كل حال ولا يجوز التصرف اضر بهم او لم يضر الا باذنهم وفي الطريق النافذ
له التصرف الا اذا اضر لانه يتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل
في حق الكل واحدا كانه هو المالك وجرى حكما كيلا تتعطل عليه طريق
الانتفاع ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على
الشركة حقيقة وحكما قال واذا شرع في الطريق رشا او ميزابا
او نحوه فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته لانه مسبب لتلفه متعد
بشغل هواء الطريق وهذا من اسباب الضمان وهو الاصل وكذلك اذا سقط
شيء مما ذكرنا في اول الباب وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطب به
دابة وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا فالضمان على الذي احدثه
فيهما لانه يصير كالدافع اياه عليه وان سقط الميزاب في طريق فاصاب
ما كان منه في الحائط رجلا فقتله فلا ضمان لانه غير متعد فيه لما انه
وضعه في ملكه وان اصابه ما كان خارجا من الحائط فالضمان على الذي وضعه
لكونه متعديا فيه ولا ضرورة لانه يمكنه ان يركبه في الحائط ولا كفارة
عليه ولا يحرم من الميراث لانه ليس بقاتل حقيقة ولو اصابه الطرفان
جميعا وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف كما اذا اجرحه سبع وانسان

وان لم يعلم اي طرف اصابه يضمن النصف اعتبارا للاحوال ولو اشرع
جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع
خشبة في الطريق ثم باع الخشبة ويرى انه منها فتركها المشتري حتى عطب
بها انسان فالضمان على البايع لان فعله وهو الوضع لم ينفسخ بزوال ملكه
وهو الموجب ولو وضع في الطريق حجرا فاخرق شيا يضمنه لانه متعد
فيه ولو حركته الريح الى موضع آخر ثم اخرق شيا لا يضمنه لنسخ الريح
فعله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه لانه فعله مع علمه بعاقبته و
قد امضى اليها فجعل كمباشرته ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح
او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم
لان التلف بفعلهم وما لم يفرغوا لم يكن العمل مسلما الى رب الدار وهذا لانه
انقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة والقتل غير داخل في عقده
فلم يسلم الى فعلهم فاقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم فالضمان على
رب الدار استحسانا لانه صح الاستيجار حتى استحقوا الاجر ووقع فعلهم
عمارة واصلاحا فانتقل فعلهم اليه فكانه فعل بنفسه فلزمه ضمانه واما بغير امره
وكذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة وكذا اذا رش الماء
او توضأ لانه متعد فيه بالجناية بخلاف ما اذا فعل ذلك في سكة غير
نافذة وهو من اهلها او قعد او وضع متاعه لان الكل واجد لكن بفعل ذلك
فيها لكونه من ضرورات السكنى كما في الدار المستوكرة قالوا هذا اذا رش
ماء كثيرا بحيث تزلق به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر
انه لا يزلق به لا يضمن ولو تعمد المرور في موضع صب الماء فسقط لا
يضمن الراش لانه صاحب علة وقيل هذا اذا رش بعض الطريق لانه يجد
موضعا للمرور لا اثر للماء فيه فاذا تعمد المرور على موضع صب الماء مع
علمه بذلك لم يكن على الراش شيء وان رش جميع الطريق يضمن لانه مضطر

في المرور وكذا الحكم في الخشبة الموضوعة في الطريق في اخذها جميعه او بعضه
ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا واذا كان لو
استاجر اجيرا ليبني له في فناء حانوته فتعقل به انسان بعد فراغه فانه يجب
الضمان على الآمر استحسانا ولو كان امره بالبناء في وسط الطريق فالضمان على
الاجير لفساد الامر بالـــ وسرحفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا
فتلف به انسان فدية على عاقلته وان تلفت بهيمة فضمانها في ماله لانه
متعد فيه فيضمن ما تولد منه غير ان العاقلة تتحمل النفس دون المال فكان
ضمان البهيمة في ماله والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة
القاء الحجر والخشبة لما ذكرنا بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب الموضع
كنسه انسان حيث لم يضمن لانه ليس بمتعد وانه ما احدث شيئا فانه انما
قصده دفع الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة في الطريق وتعقل
به انسان كان ضامنا لكعدائه لشغله ولو وضع حجرا فتجاوزه غيره عن
موضعه فعطب به انسان فالضمان على الذي نحاه لان حكم فعله قد انتهى
بفراغ ما شغله وانما استغل بالفعل الثاني موضع آخر وفي الجامع الصغير
في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان بذلك او اجره
عليه لم يضمن لانه غير متعد حيث فعل ما فعل بامر من له الولاية في حقوق
العامة وان كان بغير امره فهو متعد اما بالتصرف في حق غيره او بالاستبداد بالرأي
على رأي الامام وهو مباح مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل
في جميع ما فعل في طريق العامة مما ذكرناه وغيره لان المعنى لا يختلف وكذا لو
حفره في ملكه لا يضمن لانه غير متعد وكذا اذا حفر في فناء داره لان له
ذلك لمصلحة داره والفناء في تصرفه وقيد هذا اذا كان الفناء مملوكا
له او كان له حق الحفر فيه لانه غير متعد اما اذا كان لجماعة المسلمين
او مشتركا بان كان في سكة غير نافذة فانه يضمنه لانه مسبب متعد وهذا

وهذا صحيح ولو حفر في الطريق وماتت الدابة فيه جوعا او عطشا فلا ضمان
على الحافر عند ابي حنيفة رحمه الله لانه تحفر في نفسه والضمان انما يجب اذا
مات من الوقوع وقال ابو يوسف رحمه الله ان مات جوعا فكذلك وان مات
فالحافر ضامن له لانه لا سبب للغم سوى الوقوع اما الجوع لا يحتمل البقاء
وقال محمد رحمه الله فهو ضامن في الوجوه كلها لانه انما حدث بسبب الوقوع
لولاه لكان الطعام قريبا منه وان استاجر اجيرا ليحفروها له في غير
فنائه فذلك على المستاجر ولا شيء على الاجير ان لم يعلموا انها في غير فنائه
لان الاجير صحح ظاهرا اذا لم يعلموا فنقل فعلهم اليه لانهم كانوا مغرورين
وصار كالامر لآخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر ان الشاة لغيره
ان هناك يضمن المامور ويرجع على الآمر لان الذابح مباشر والآمر متسبب
والترجيح للمباشر فيضمن ويرجع للغرور وههنا يجب الضمان على المستاجر
ابتداء لان كل واحد منهما متسبب والاجير غير متعد والمستاجر متعد
فيرجح جانبه وان علموا بذلك فالضمان على الاجير لانه لم يمتثل امره بما ليس
بمملوك له فلا غرور فبقي الفعل مضافا اليهم وان قال لهم هذا فنائي وليس
لي فيه حق الحفر فحفروا فماتوا فيه فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا
نفسا الامر فاغترهم والاستحسان الضمان على المستاجر لان كونه فنائه
بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده في التصرف فيه من القاء الطين
وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان الامر بالحفر في ملكه ظاهرا
بالنظر الى ما ذكرنا فكفى ذلك لنقل الفعل اليه وان حفر في طريق
بغير اذن الامام فتعثر رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي حفر
فتعطب وكذلك ان وضع خشبة في الطريق فتعثر رجل المرور عليها فتعطب
لان الاول تعد وهو تسبيب والثاني تعد وهو مباشرة فكانت الاضافة
الى المباشر اولى ولان فعل فاعل مختار يقطع النسبة كما في الحافر

مع المالك ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على انسان فعطب به فهو ضامن وكذا
اذا سقط فتعثر به انسان وان رد آخر قد لبسه فسقط فعطب به انسان
لم يضمن وهذا اللفظ يشمل الوجهين والفرق ان حامل الشيء قاصد حفظه
فلا يرجع في التقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظه بلبسه فيرجع
في التقييد بما ذكرنا فجعلناه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله انه اذا لبس
ما لا يلبسه عادة فهو كالحامل لان الحاجة لا تدعو الى لبسه قال
كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم فيه قنديلا او جعل فيه بواري او
حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل ذلك من غير العشيرة
ضمن قالوا هذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن في الوجهين لان هذه
من القرب وكل احد مأذون في اقامتها فلا تتقيد بشرط السلامة كما اذا
فعله باذن واحد من اهل المسجد ولابي حنيفة رحمه الله وهو الفرق ان التدبير
فيما يتعلق بالمسجد دون غيره مما كنصب الامام واختيار المتولي وفتح بابه
واغلاقه وتكرار الجماعة اذا سبقهم بها غير اهله فكان فعلهم مباحا
مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم تعديا او مباحا مقيدا
السلامة وقصد القربة لا ينافي الغرامة اذا اخطأ الطريق كما اذا تفرد
بالشهادة على الزنا والطريق فيما يجري فيه الاستيذان من اهله قال
وان جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلوة وان
كان في غير الصلوة ضمن وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل
ولو كان جالسا لقراءة القرآن او للتعليم او للصلوة او نام فيه في اثناء
الصلوة او غير الصلوة او مر فيه ماشيا او قعد فيه لحديث فهو على هذا
الاختلاف وقيل لا يضمن بالاتفاق لهما ان المسجد انما بني للصلوة
والذكر ولا يمكنه اداء الصلوة بالجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس
مباحا لانه من ضرورات الصلوة ولان المنتظر للصلوة في الصلوة حكما

الحديث فلا يضمن كما اذا كان في الصلوة وله ان المسجد بني للصلوة وهذه
الاشياء ملحقة بها فلا بد من اظهار التفاوت فجعلنا الجلوس للاجل
مباحا مطلقا والجلوس لما يلحق به مقيدا بشرط السلامة ولا غرو
ان يكون الفعل مباحا او مندوبا اليه وهو مقيد بشرط السلامة كالرمي
الى الكافر او الى الصيد والمشي في الطريق والمشي في المسجد اذا
اوطأ غيره والنوم فيه اذا انقلب على غيره وان جلس رجل من غير
العبرة فيه في الصلوة فتعقل له انسان يسعى ان لا يضمن لان
المسجد بني للصلوة وامر الصلوة بالجماعة ان كان مفوضا الى اهل
المسجد فلكل واحد من المسلمين ان يصلي وحده

فصل في الحائط المائل

قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين فطولب صاحبه
بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه في مدة تقدر على نقضه حتى سقط
ضمن ما تلف به من نفس او مال والقياس ان لا يضمن لانه لا صنع
منه مباشرة ولا مباشرة هو متعد فيه لان اصل البناء كان في ملكه والميلان
وشغل الهواء ليس من فعله فصار كما قبل الاشهاد وجه الاستحسان
ان الحائط لما مال الى الطريق فقد استغل هواء المسلمين بملكه ورفعه
في يده فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لحق عليه فاذا امتنع صار
متعديا فصار كما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع
عن التسليم اذا طولب به كذا هذا بخلاف ما قبل الاشهاد لانه لم يتعد
الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ
المادة جدا عن انفسهم فيتضررون به ودفع الضرر العام من الواجب
وله تعلق بالحائط فيتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يتحمل
لدفع العام منه لم ما تلف به من النفوس بحسب الدية ويتحملها العاقلة
لانه في كونه جنايته دون الخطاء فيستحق به التخفيف بطريق الاولى

كيلا الى استيصاله والاجحاف به وما تلف به من الاموال كالبزور
والعروض يجب ضمانها في ماله لان العواقل لا تعقل المال والشرط
التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد
ليتمكن من اثباته عند انكاره فكان من باب الاحتياط وصورة الاشهاد
ان يقول الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه
هذا ولا يصح الاشهاد قبل ان يرى الحائط لانعدام التعدي ولو رأى
الحائط مائلا في الابتداء قالوا يضمن ما تلف لسقوطه من غير اشهاد
لان البناء تعدى ابتداء كما في الشرع والجناح وتقبل شهادة رجل وامرأتين
على التقدم لان هذه ليست بشهادة على القتل وشرط الترك في مدة
يقدر على نقضه فيها لانه لا بد من امكان النقض ليصير تركه جانيا
ويستوي ان يطالبه بنقضه مسلم او ذمي لان الناس كلهم شركاء في البزور
ويصح التقدم اليه من كل واحد منهم رجلا كان او امرأة حرا كان
او مكاتبا ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره لانه مطالبة
بالتفريغ منفرد كل صاحب حق به وان مال الى جدار رجل
فالمطالبة الى مالك الدار خاصة لان الحق له على الخصوص وان
كان فيها سكان لهم ان يطالبوه لان لهم المطالبة بازالة ما شغل الدار
فكذا بازالة ما شغل هواها ولو اجله صاحب الدار او ابرأه منها او
فعل ذلك ساكنوها فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما تلف بالحائط لان
الحق لهم بخلاف ما اذا كان مال الى الطريق فاجله القاضي او من اشهد
عليه حيث لا يصح لان الحق لجماعة الناس وليس اليهما ابطال حقهم
ولو باع الدار يجب ما اشهد عليه وقبضها المشتري يبرأ من ضمانه لان
الجناية بترك الهدم مع تمكنه وقد زال التمكن بالبيع بخلاف اشراع الجناح
لانه كان جانيا بالوضع ولم ينفسخ بالبيع فلا يبرأ على ما ذكرنا ولا ضمان

على المشتري لانه لم يسهر عليه ولو اشهر عليه بعد الشراء فهو ضامن
لتركه التفريغ مع تمكنه بعد ما طولب به والاصل انه يصح التقدم الى
كل من يتمكن من نقض الحائط وتفريغ الهواء ومن لا يتمكن منه لا يصح
التقدم اليه كالمرتهن والمستاجر والمودع وساكن الدار ويصح
التقدم الى الراهن لقدرته على ذلك بواسطة الفكاك والى الوصي
والى اب اليتيم او امه في حائط الصبي لقيام الولاية وذكر الام في الزيادات
والى العم في مال اليتيم لان فعل هولاء كفعله والى المكاتب لان
الولاية له والى العبد التاجر سواء كان عليه دين او لم يكن لان ولايته
النقض له ثم التالف بالسقوط ان كان مالا فهو في عنق العبد
وان كان نفسا فهو على عاقلة المولى لان الاشهاد من وجه على المولى
وضمان المال الفائت بالعبد وضمان النفس بالمولى ويصح التقدم الى
احد الورثة في نصيبه وان كان لا يتمكن من نقض الحائط وحده من
من اصلاح نصيبه بطريقه وهو امر افعه الى القاضي ولو سقط الحائط
المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فبعثر بالقتيل غيره فعطب
لا يضمنه لان التفريغ عنه الى الاولياء لا اليه وان عطب بالنقض
ضمنه لان التفريغ اليه اذا النقض ملكه والاشهاد على الحائط اشهاد
على النقض لان المقصود امتناع الشغل ولو عطب بحجرة كانت
على الحائط فسقطت بسقوطه وهي ملكه ضمنه لان التفريغ اليه
وان ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها فال واذا كان
الحائط بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن
خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته وان كانت الدار بين ثلاثة نفر
فحفر احدهم فيها بئرا والحفر كان بغير رضاء الشريكين او احدهما
او بنى حائطا فعطب به انسان فعليه ثلثا الدية على عاقلته

عاقلته وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقال عليه نصف الدية على عاقلته
في الفصلين لهما ان التلف بنصيب من اشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد
عليه هدر فكانا قسمين فانقسم نصفين كما اذا وقع في عقر الاسد ونهش الحية
وجرح الرجل وله ان الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المتقدر والثقل
المتقدر لا يتجزأ فيجعل ذلك كيس بعلة وهو القليل حتى يعتبر كل جزء علة فيجتمع
العلل واذا كان كذلك يضاف الى العلة الواحدة ثم يقسم على اربابها بقدر
الملك بخلاف الجراحات فان كل جراحة علة التلف بنفسها صغرت ام كبرت
على ما عرف الا ان عند المزاحمة اضيف الى الكل لعدم الاولوية والله اعلم

باب جناية البهيمة والجناية عليها

وان الراكب ضامن لما اوطأت الدابة ما اصابت بيدها او
رجلها او رأسها او ذنبها او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن
ما نفحت برجلها او ذنبها والاصل ان المرور في طريق المسلمين مباح او وقفت دابته في الطريق
مقيد بشرط السلامة لانه يتعرف في حقه من وجه وفي حق غيره من
وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا اما ذكرنا
لتعتدل النظر من الجانبين ثم انما تقيد بشرط السلامة عما يمكن الاحتراز
عنه ولا تقيد بما لا يمكن التحرز عنه لما فيه من المنع من التصرف وسلوك
بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الاعطاب وما يضاهيه ممكن فانه ليس
من ضرورات التسيير فقيدناه بشرط السلامة عنه والنفحة بالرجل
والذنب ليس بممكن الاحتراز عنه مع السير على الدابة فلم نقيده فان
اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان
لم يمكنه عن النفحة فصار متعديا في الايقاف وشغل الطريق فيضمنه
قال ولو اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او
حجرا صغيرا ففقأ عين انسان او افسد ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا

ضمن لان في الوجه الاول لا يمكن التحرز عنه اذ سير الدابة لا يعرى عنه
وفي الثاني يمكن لانه سهل عن السير عادة انما ذلك بتعنيف الراكب
والمردف فيما ذكرنا كالراكب لان المعنى لا يختلف قال فان دارت
او بالت في الطريق وهي تسير فعطبت به انسان لم تضمن لانه من
ضرورات السير ولا يمكن الاحتراز عنه وكذا اذا اوقفها لذلك لان
من الدواب ما لا يفعل ذلك الا بالايقاف وان اوقفها لغير ذلك فعطب
انسان بروثها او بولها ضمن لانه متعد في هذا الايقاف لانه ليس من
ضرورات السير ثم هو اكثر ضررا بالمارة من السير لما انه اجدم
منه فلا يلحق به والسائق ضامن لما اصابت يدها او رجلها والقائد
ضامن لما اصابت يدها دون رجلها والمراد النفحة قال رضي الله
عنه هكذا ذكر القدوري في مختصره والذي قال بعض المشايخ ووجهه
ان النفحة لا تراى عن السائق ويمكنه الاحتراز عنه وغابت عن
بصر القائد فلا يمكنه التحرز عنه وقال اكثر المشايخ ان السائق لا يضمن
النفحة ايضا وان كان يراها اذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه
التحرز عنه بخلاف الكدم لامكانه كبحها بلجامه وبهذا نطق اكثر النسخ
وهو الاصح وقال الشافعي رحمه الله يضمنون النفحة كلها لان فعلها مضاف
اليهم والحجة عليه ما ذكرناه وقوله عليه السلام الرجل جبار معناه النفحة
وانتقال الفعل بتحريك الثقل كما في المكرة وهذا تحريك بالضرب قال
وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد
لانهما سببان مباشرتهما شرط التلف وهو تقرب الدابة الى مكان الجناية
فيتقيد بشرط السلامة فيما امكن الاحتراز عنه كالراكب الا ان على الراكب
الكفارة فيما اوطأته الدابة بيدها او برجلها ولا كفارة عليهما ولا على
الراكب فيما وراء الايطاء لان الراكب مباشر ضمانا لان التلف بثقله وثقل

الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهي آلة وهما سببان لانه لا
يتصل منهما الى المحل شيء وكذا الراكب في غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة
لا حكم السبب وكذا يتعلق الايطاء في حق الراكب بجريان الميراث والوصية
دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان الراكب سائقا فعل
لا يضمن السائق ما وطأت الدابة لان الراكب مباشر فيه لما ذكرنا والسائق
متسبب والاضافة الى المباشر اولى وفعل الضمان عليهما لان كل ذلك
سبب الضمان قال فاذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد
منهما دية الآخر وفارس وراجل فمات الراجل فعلى عاقلة الفارس
منهما نصف دية الآخر وروي ذلك عن علي رضي الله عنه ولان كل واحد منهما
مات بفعله وفعل صاحبه لانه يصدمه آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه
ويعتبر نصفه كما اذا كان الاصطدام عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه
وصاحبه جراحة او حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل
واحد منهما النصف كذا هذا ولنا ان الموت مضاف الى فعل صاحبه
لان فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للاضافة
في حق الضمان كالماشي اذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من جرحه وفعل
صاحبه وان كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب الضمان كالنائم اذا
انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه انه اوجب على كل واحد منهما
كل الدية فيتعارض روايتاه فرجحنا ما ذكرنا وفيما ذكر من المسائل الفعلان
مختلفان وان فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا اذا كانا جريا في العدو والخطا
ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطا لان الجناية تعلقت برقبته دفعا
وقد فاتت الى خلف من غير فعل المولى فيهدر بضرورة وكذا في العبد
لان كل واحد منهما هلك بعدما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان احدهما حرا
والآخر عبدا ففي الخطا يجب على عاقلة الحر المقتول قيمة العبد فيما اخرجها

ورثة المقتول الحر وسقط حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن
على أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد
أخلف بدلا هو أدنى القدر فأخذ ورثة الحر المقتول وسقط ما زاد عليه لعدم
الخلف في العبد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف
في العبد وهذا القدر يأخذ ولي المقتول وما على العبد في رقبته وهو نصف جنايته
الحر سقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة قال
ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا إذا ساق دابة
كالجمل ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه متعد في هذا التسبيب لأن الوقوع
بتقصير منه وهو ترك الشد والإحكام فيه بخلاف الرد لأنه لا يشتد في
العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كالمحمول على عاتقه دون الدواب
على ما مر من قبل ومتقيد بشرط السلامة قال ومن قاد فطار أو رمى
صاحبها أو وطئ فارس بعيره إنسانا ضمن في القائد والدية على العاقلة
لأن القائد علة حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا
بالتقصير فيه والتسبيب يوجب التعدي سبب الضمان إلا أن ضمان
النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق فالضمان
عليهما لأن القائد للواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا
إذا كان السائق في جانب من الإبل أما إذا كان يوسطها وأخذ بزمام
واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمن ما تلف بما بين يديه لأن القائد
لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه
قال وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم به فوطئ مربوط
إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه لم يمكنه صيانة القطار عن ربط
غيره فإذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في
القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه الضمان

العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما متسبب لأن الربط
من القائد بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون
الربط قالوا هذا إذا ربط والقطار يسير لأنه أمر بالقود دلالة
وإذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ من ذلك فيكون قرار الضمان على الرابط
أما إذا ربط والإبل قيام ثم قاد هو ضمنها القائد لأنه قاد بعير غيره بغير أمره
لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه عليه قال ومن أرسل بهيمة
وكان لها سائق فأصابت في فورها ضمن لأن الفعل انتقل إليه بواسطة
السوق ولو أرسل طيرا أو ساقه فأصاب في فوره لم يضمن والفرق
بين البهيمة يحمل السوق فاعتبر سوقه والطير لا يحتمل السوق فصار
وجود السوق وعدمه بمنزلة وكذا لو أرسل كلبا ولم يكن له سائق لم
يضمن ولو أرسله إلى صيد ولم يكن له سائق فأخذ الصيد وقتله جاز
ووجه الفرق أن البهيمة مختار في فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا
ينضاف فعله إلى غيره هذا هو الحقيقة إلا أن الحاجة مست في الاصطياد
فأضيف إلى المرسل لأن الاصطياد مشروع ولا طريق له سواه ولا
حاجة في حق ضمان العدوان قال رضي الله عنه وذكر في المبسوط إذا
أرسل دابة في طريق المسلمين فأصابت في فورها فالمرسل ضامن لأن
سيرها مضاف إليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة
انقطع حكم الإرسال إلا إذا لم يكن طريق آخر سواه وكذا إذا وقفت
ثم سارت بخلاف ما إذا وقفت بعد الإرسال في الاصطياد ثم سارت في
الصيد لأن ذلك الوقفة تحقق مقصود المرسل فينقطع حكم الإرسال
وبخلاف ما إذا أرسله إلى صيد فأصاب مالا في فوره لا يضمنه من
أرسله وفي الإرسال في الطريق يضمنه لأن شغل الطريق تعدي فيضمن
ما يولد منه أما الإرسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب إلا بوصف التعدي

ولو ارسل بهيمة فافسدت زرعا على فوره ضمن المرسل وان مالت عينا

وسالا وله طريق آخر لا يضمن لما مر ولو انفلتت الدابة فاصابت مالا

او آدميا ليلا او نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله عليه السلام فيه

العجماء جبار وقال محمد رحمه الله هي المنفلتة ولان الفعل غير مضاف اليه لعدم

ما يوجب النسبة اليه من الارسال واخواته وان ساق لقصاب فقيت

عينها ففيها ما نقصها لان المقصود هو اللحم فلا يعتبر الا النقصان

وفي عين بقرة الجزار وجزوره ربع القيمة وكذا في عين الحمار والبغل والبقر

وقال الشافعي رحمه الله فيه النقصان ايضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روي انه

عليه السلام قضى في عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضي الله عنه

ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالجر والركوب والزينة والجمال والعمل فمن

هذا الوجه تشبه الآدمي وقد تمسك للاكل ومن هذا الوجه تشبه المأكولات

فعملنا بالشبهين تشبه الآدمي في الجمال الربع وبالشبه الآخر في نفي النصف

ولانه افاد فكان اقامة العلة بها اربعة اعين عينا هاو عينا المستعير فكانها

ذات اعين اربعة فيجب الربع نعوان اجرها ومن سار على دابته في الطريق

فضربها رجل او نخسها فنفحت رجلا او ضربته بيدها او نفرت فصدمته

فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب هو المروي عن عمر وابن مسعود

رضي الله عنهما ولان الراكب والمركب مدفوعان برفع الناخس واضيف

فيه فعل الدابة اليه كانه فعله بيده ولان الناخس متعد في تسببه و

الراكب غير متعد فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا

على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين لانه متعد في الايقاف

ايضا وان نفحت الناخس كان دمه هدرا لانه بمنزلة الجاني على نفسه وان

اتلفت الراكب فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس لانه متعد في تسببه

وفيه الدية على العاقلة ولو وثبت نخسه على رجل او اوطأته فقتلته كان

ذلك على الناخس دون الراكب لما بيناه والواقف في ملكه والذي

يسير في ذلك سواء وعن ابي يوسف رحمه الله انه يجب الضمان على الناخس

والراكب نصفين لان التلف حصل بثقل الراكب ووطء الدابة والناخس

مضاف الى الناخس فيجب الضمان عليهما وان نخسها باذن الراكب كان

ذلك بمنزلة فعل الراكب لو نخسها ولا ضمان عليه في نفحها لانه امره بما

ملكه اذ الحق في معنى السوق فصح امره به وانتقل اليه لمعنى الامر

ولو اوطأت رجلا بسيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية

عليهما نصفين اذا كانت في فورها لما بينا ولو نخسها لان سيرها في تلك الحالة

مضاف اليهما والاذن يتناول فعله السوق ولا يتناول من حيث انه اتلاف

فمن هذا الوجه يقتصر عليه والركوب وان كان علة للوطء فالنخس ليس

بشرط لهذه العلة بل شرط او علة للسير والسير علة للوطء وبهذا

لا يترجح صاحب العلة لكن جرح انسانا فوقع في بئر حفرها غيره

على قارعة الطريق ومات فالدية عليهما لما ان الحفر شرط علة اخرى

دون علة الجرح كذا هذا ثم قيل يرجع الناخس على الراكب بما

ضمن في الايطاء لانه فعل بامره وقيل لا يرجع وهو الاصح فيما اذا

لانه لم يامره بالايطاء والنخس ينفصل عنه وصار كما اذا امر صبيا

يستمسك على الدابة بسيرها فوطئت انسانا ومات حتى ضمن عاقلة

الصبي فانه لا يرجعون على الآمر لانه امره بالسير والايطاء

ينفصل عنه وكذا اذا اوله بيلاجا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع

على الآمر ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء في فور النخس حتى يكون

السوق مضافا اليه واذا لم يكن في فور ذلك فالضمان على الراكب

لانقطاع اثر النخس فبقي السوق مضافا الى الراكب على الكمال

ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت

في نوعها فهو على الناخس وكذا اذا كان لها سايق فنخسها غيره لانه
مضاف اليه والناخس اذا كان عبدا فالضمان في رقبته واذا كان
صبيا ففي ماله لانهما بواخذان بافعالهما ولو نخسها شي منصوب في
الطريق فنفحت انسانا فقتله فالضمان على من نصبه كذا الشرايع لانه
متعد بشغل الطريق فاضيف اليه كانه نخسها بفعله والله اعلم

باب جناية المملوك والجناية عليه

قال واذا جنى المملوك جناية خطا قيل لمولاه اما ان
ترفعه بها او تفديه وقال الشافعي رحمه الله جنايته في رقبته تباع فيها
الا ان يقضي المولى الارش وفايده الاختلاف في اتباع الجاني بعد
العتق والمسلة مختلف بين الصحابة رضي الله عنهم له ان الاصل في
موجب الجناية ان يجب على المتلف لانه هو الجاني الا ان العاقلة تتحمل
عنه ولا عاقلة هنا لان العقل عندي بالقرابة ولا قرابة بين العبد ومولاه
فيجب في ذمته كما في الدين وتتعلق برقبته يباع فيه كما في الجناية على
المال ولنا ان الاصل في الجناية على الآدمي حالة الخطا ان تتباعد
عن الجاني تجردا عن استيصاله والاجحاف به اذ هو معذور فيه حيث
لم يتعمد الجناية ويجب على عاقلة الجاني اذا كان له عاقلة والمولى عاقلته
لان العبد ينتصر به والاصل في العاقلة عندنا النصرة حتى يجب على حيث
اهل الديوان بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم فلا عاقلة
فيجب في ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان
العوا لا تعقل المال الا انه تخير بين الدفع والفداء لانه واجب
واثبات الخيرة نوع تخفيف في حقه كيلا يستاصل غير ان الواجب
الاصلي هو الدفع في الصحيح ولهذا يسقط الموجب بموت العبد لفوات
محل الواجب وان كان له حق النقل في الفداء كما في مال الزكوة بخلاف

الجاني لجريان الواجب لا يتعلق بالحر استيفاء فصار كالعبد في
صفة الفطر قال فان دفعه ملكه في الجناية وان فداه فداه بارشها
وكل ذلك لزمه حالا اما الدفع فلان التاجيل في الاعيان للحلول
وعند اختيار الواجب عين واما الفداء فلانه جعل بدلا عن العين في
الشرع وان كان مقدرا بالمتلف ولهذا سمي فداء فيقوم مقامه ويأخذ حكمه
فلهذا وجب حالا كالمبدل وايهما اختاره فعله لا شي لولي الجناية
اما الدفع فلان حقه متعلق بالعين فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط واما
الفداء فلانه لا حق له الا الارش فاذا اوفاه حقه سلم العبد له فان
لم يكن شيا حق مات العبد بطل حق المجني عليه لفوات محل حقه على ما
بيناه وان مات بعدما اختار الفداء لم يبرأ لتحول الحق من رقبة العبد
الى ذمة المولى قال فان عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية حكم الاولى
معناه بعد الفداء لما اجتمع عن الجناية بالفداء جعل كان لم يكن وهذا
ابتداء جناية قال وان جنى جنايتين قيل للمولى اما ان ترفعه الى
ولي الجنايتين فيقسمانه على قدر حقيهما واما ان تفديه بارش كل واحدة
منهما لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية به كالديون
المتلاحقة الا ترى ان ملك المولى لم يمنع تعلق الجناية بحق المجني عليه
الاول او لي لانه لا يمنع ومعنى قوله على قدر حقيهما على قدر ارش جنايتيهما
وان كانوا جماعة يقتسمون العبد المدفوع على قدر حصصهم وان
فداه فداه بجميع ارشهم لما ذكرنا ولو قتل واحدا وقطع عين
آخر يقتسمانه اثلاثا لان ارش العين على النصف من ارش النفس وعلى
هذا حكم الشجاج والمولى لا يفدي من بعضهم ويدفع الى بعضهم
مقدار ما تعلق حقه من العبد لان الحقوق مختلفة باختلاف اسبابها
وهي الجنايات المختلفة بخلاف مقتول العبد اذا كان له وليان لم يكن له
الا نفس حقا والراهن بالخيار في هذا وفي الرهن

ولهذا لا يسقط به خيار الشرط ولا يصير مختارا بالاجارة والرهن
في الاظهر وكذا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع
ولا ينقص الرقبة الا ان لمولى الجناية ان يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من
جهة المولى فيلزم المولى قيمته قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او
او رميته او نحوه فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك وان فعل حرا
لا يصير مختارا لان وقت كلمة لا جناية ولا علم له بوجوده وبعد الجناية
لم يوجد منه فعل يصير به مختارا الا يرى انه لو علق الطلاق او العتاق
بالشرط ثم حلف لا يطلق او لا يعتق ثم وجد الشرط وثبت العتق
والطلاق لا يحنث في يمينه كذا هذا ولهما انه علق الاعتاق بالجناية و
المعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز مصادفا اذا اعتقه
بعد الجناية الا يرى انه لو قال امرأته ان دخلت الدار فوالله لا اقربك
يصير ايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها اذا مرضت
فانت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك المرض يصير فارا لانه
يصير مطلقا بعد وجود المرض بخلاف ما اذا وجد من غير مرضه طلاق واعتاق
يمكنه الامتناع عنه اذ العين المنع فلا يدخل تحته ما لا يمكنه الامتناع
عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط فتعلق اقوى الدواعي الى الدواعي الظاهر
انه يفعله فهذا دلالة الاختيار قال واذا قطع العبد يد رجل
فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح بالجناية
وان كان لم يعتقه رده الى المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا عنه
ووجه ذلك هو انه اذا لم يعتقه ويرى تبين ان الصلح وقع باطلا لان الصلح
كان عن المال لان اطراف العبد لا تجري القصاص بينها وبين اطراف الحر
واذا ظهر تبين ان المال غير واجب وانما الواجب هو القود وكان الصلح
واقعا بغير بدل فبطل والباطل لا يورث الشبهة كما اذا وطئ المطلقة

ان يفدي احدهما ويدفع الى الآخر لان الحق متجدد لا تحاد سببه وهو الجناية
المتحدة والحق يجب بحسب المقتول ثم للموارد خلافه فلا بد من التفريق في موجبها
قال وان اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته
ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه الارش لان في الاول
فوت حقه فيضمنه وحقه في اقلهما ولا يصير مختارا للفداء لانه
لا اختيار بدون العلم وفي الثاني صار مختارا لان الاعتاق يمنع من الدفع
فالاقدام عليه اختيار منه للآخر وعلى هذا الوجه البيع والهبة
والتدبير والاستيلاد لان كل ذلك مما يمنع الدفع لزوال الملك به بخلاف
الاقرار على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولي الجناية فان المقر له
يخاطب بالدفع اليه وليس له نقل الملك لجواز ان لا يأمر كما قاله المقر و
الكتابة كالبيع واخواته لانه ملكه في الظاهر فيستحقه المقر له باقراره فاشبه
البيع واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه وكذا المعنى
لا يختلف واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمستري لانه يزيل
الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ونقضه وبخلاف العرض على البيع
لان الملك ما زال ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا حتى يسلمه لان
الزوال به بخلاف الكتابة الفاسدة لان موجبها يثبت قبل قبض البدل فصير
نفسه مختارا ولو باعه مولاه من الجاني عليه وهو مختار بخلاف ما اذا
وهبه منه لان المستحق له اخذه بغير عوض وهو متحقق في الهبة دون
البيع واعتاق الجاني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرنا بخلاف
لان فعل المأمور يضاف اليه ولو ضربه فنقصه فهو مختار اذا كان عالما
بالجناية لانه جنى جناية منه وكذا اذا كانت كبرا فوطئها وان لم يكن عالما
لما قلنا بخلاف التزوج لانه عيب من حيث الحكم وبخلاف وطء الثيب على ظاهر
الرواية لانه لا ينقص من غير اعلاق وبخلاف الاستخدام لانه لا يحتقر بالملك

الاتلاف عدنا مع العلم بحرمتها عليه فوجب القصاص بخلاف ما اذا اعتقه
لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده تصحيح الصلح لانه لا صحة له الا
وان يجعل صلحا عن القطع وما تحدث منها ولهذا لو نفذ عليه ورضي عبده
المولى به يصح لانه رضي بكون العبد عوضا عن القليل بكون الرضى بكونه
عوضا عن الكثير فاذا اعتق يصح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء فاذا لم
يعتق لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاول وقع باطلا فجود العبد الى
المولى والاولياء على خيرتهم في العفو والقتل وذكر في بعض النسخ رجل
قطع يد رجل عمدا فصالح القاطع المقطوعة يده ثم مات من ذلك فان العبد
صلح بالجناية الى آخر ما ذكرنا من الرواية وهذا الوضع يرد اشكالا فيما
اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث لا يجب القصاص هنا لك
وهنا قال يجب فيما ذكر هنا جواب القياس ويكون الوضعان جميعا على
القياس والاستحسان وفرق بينهما فرق ووجهه ان العفو عن اليد
صح ظاهرا لان الحق كان له في اليد من حيث الظاهر فيصح العفو ظاهرا فبعد
ذلك وان بطل حكما بقي موجودا حقيقة فكفى لمنع وجوب القصاص
اما ههنا الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها حيث صالح عنها على مال
فاذا لم يبطل الجناية لم يمنع العقوبة هذا اذا لم يعتقه اما اذا اعتقه
فالتخريج ما ذكرناه من قبل قال واذا جنى العبد المأذون له جناية
وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة يدفعها
الدين وقيمة للاولياء الجناية لانه اتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل
القيمة على الانفراد للاولياء والبيع للغرماء وكذا عند الاجتماع وتعذر
الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بان يدفع الى ولي الجناية ثم يباع
للغرماء فيضمنها بالاتلاف بخلاف ما اذا اتلفه اجنبي حيث تجب قيمة واحدة لان
المولى يدفعها المولى الى الغرماء لان الاجنبي انما يضمن للمولى بحكم الملك

فلا يظهر في مقابلته الحق له دونه وهما يجب لكل واحد منهما بانفراد
الحق فلا ترجيح فيظهران فيضمنهما قال واذا استدانت الامة
المأذون لها ثم ولدت فانه تباع الولد معها في الدين وان جنت جنايته لم يدفع
الولد بها والفرق ان الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها
استيفاء فيسري الى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لان وجوب الدفع
في ذمة المولى لا في ذمتها وانما يلاقيها اثر الفعل الحقيقي وهو الدفع و
في الاوصاف الشرعية دون الاوصاف الحقيقية قال واذا كان العبد
لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطأ فلا
شيء له لانه لما زعم ان مولاه اعتقه فقد ادعى الدية على العاقلة وابراء
العبد والمولى لا انه لا يصدق على العاقلة من غير حجة قال واذا
اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وقال الآخر قتلته وانت حر
فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما انه اسنده الى حالة معهودة
منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا عرف رقه والوجوب في جناية العبد
على المولى دفعا او فداء وصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتي
وانا صبي او بعد ما ادرك وانا صبي او قال طلقت امرأتي وانا مجنون وقد
كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال ومن اعتق جارية ثم
قال لها قد كنت بعتك وانت امتي وقالت قد كنت اعتقتني وانا حرة فالقول قولها
وكذلك كل ما اخذ منها بالجماع والغلة استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يضمن الاشياء بعينه يؤمر بردها عليها
لانه منكر وجوب الضمان لاسناده الفعل الى حالة معهودة منافية له كما في
المسألة الاولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم اقر بيدها حيث اعترف
بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر
بالرد اليها ولهما انه اقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له

كما اذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعينه اليمنى صحيحة ثم فقأها وقال المقر
له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه مال
الى حاله منافية للضمان لانه يضمن بردها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن
مال الجرح اذا اخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والقتل لان وطء المولى الامة
المديونة لا يوجب العقر وكذا اذا اخذه من غلتها وان كانت مديونة لا توجب
الضمان عليه فحصل الاستناد الى حالة معهودة منافية قال واذا امر العبد
المحجور عليه صبيا فقتل رجلا فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لانه هو القاتل
حقيقة وعمده وخطاؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا
اذا كان الآمر صبيا لانهما لا يؤاخذان باقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار
الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر ابدا ويرجع
على العبد الآمر بعد العتاق لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال بالانفصال
اهلية العبد بخلاف الصبي لانه قاصر الاهلية قال وكذلك ان امر عبدا
معناه ان يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل
فيما لزم الدفع او الفداء ولا رجوع له على الآمر الا في الحال وهي ان يرجع بعد العتق
ما قل من الفداء او قيمة العبد لانه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا اذا
كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ اما
اذا كان كبيرا الحق القصاص لجريانه بين الحر والعبد قال واذا قتل
العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا احد وليي كل واحد
منهما فان المولى يدفع نصفه الى الآخرين او يفديه بعشرة الاف درهم لانه
لما عفا احد وليي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار
كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لان حقهم في الرقبة او في عشرين الفا وقد
سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف فان كان قتل احدهما
عمدا والآخر خطأ فعفا احد وليي العمد فان فداه المولى فداه بخمسة عشر

الفا

الفا خمسة آلاف لانه لم يعف من ولي العمد عشرة آلاف لو ولي الخطأ لانه
لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطأ في كل الدية عشرة الاف وحق ولي
العمد في نصفها خمسة الاف ولا تضاد في الفداء فيجب خمسة عشر الفا فان
دفعه دفعه اليهم اثلاثا ثلثاه لولي الخطأ وثلثه لغير العافي من ولي العمد عند
ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع ارباعا ثلثه ارباعه لولي الخطأ وربعه لولي
العمد والقسمة عندهما على طريق المنازعة ويسلم النصف لولي الخطأ بلا
منازعة واستوت منازعة الفريقين في النصف الآخر فتنصف فلهذا القسم
ارباعا وعنده قسم على طريق العول والمضاربة اثلاثا لان الحق يتعلق برقبة واحدة
التركة المستغرقة بالديون فيضرب هذان بالكل وذلك بالنصف ولهذه المسألة
نظائر واضرابه ذكرناها في الزيادات قال وان عبد بين رجلين فقتل
مولاهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يدفع
الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية وذكر في بعض النسخ
قول محمد مع ابي حنيفة رحمه الله **وصل** ومن قتل عبدا خطأ
فعليه قيمته لا يزاد على عشرة الاف درهم فان كانت قيمته عشرة الاف درهم
او اكثر فعليه عشرة الاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على
الدية خمسة الاف الا عشرة وهذا عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف
والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت ولو غصب عبدا قيمته
عشرون الفا وهلك في يده يجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ان الضمان
بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو ملك العبد الا من حيث المالية ولو قتل
العبد المبيع قبل القبض بقي العقد وتفاوت بقاء المالية اصلا او بدلا
وصار كقليل القيمة وكما لو غصب ولابي حنيفة ومحمد قوله تعالى وديه
مسلمة الى اهله اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بالآدمية وهي
فيه معنى الآدمية حتى كان مكلفا وفيه معنى المالية والآدمية اعلاهما

فيجب اعتبارها باهدار الادنى عند تعدد الجرح بينهما وضمان الغصب
مقابلة بالمالية اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد تبع فائت حتى
يبقى بعد قتله عمدا وان لم يكن القصاص بدلا عن المالية ولكنه امر الدية
وفي قليل القيمة يوجب مقابلة الادمية الا انه لا يتمكن فيه فقدرناه بقيمته
بخلاف كثير القيمة لان قيمة الحر مقدرة بعشرة الاف ونقصانها
في العبد اظهار لانحطاط رتبته وتعيين العشرة باثر عبد الله بن مسعود
رضي الله عنه وقال وفي يد العبد نصف قيمته لا يزاد على خمسة الاف
الا خمسة لان اليد من الادمي نصف معتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا
لانحطاط رتبته وكل ما نقدر من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد لان
القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الادمية على ما قررنا وان غصب امة
فيها عشرون الفا فماتت في يده فعليه تمام قيمتها لما بينا ان ضمان الغصب
ضمان المالية وقال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك وان كان
له ورثة غير المولى فلا قصاص فيه وقال ان اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد له القصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه
ذلك الجرح لانه اعتقه وبطل الفضل وانما لا يجب القصاص في الوجه الاول
لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح
وعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون
للورثة فيتحقق الاشتباه ويندرئ الاستيفاء فلا يجب على وجه يستوفى فيه
الكلام واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان المالكين في الحالين بخلاف العبد الموصى
بخدمته لرجل ورقبته لآخر اذا قتل لان مالك كل واحد منهما من الحق ثابت
في وقت الجرح الى وقت الموت فاذا اجتمعا زال الاشتباه ولمحمد رحمه الله
الخلافية وهو ما اذا لم يكن للعبد ورثة سوى المولى لان سبب الولاية قد اختلف
لانه الملك على اعتبار احدى الحالتين والوراثة بالولاء على اعتبار الاخرى

الاخرى فنزلت منزلة اختلاف المستحق فيما يحتاط فيه كما اذا قال الآخر
يعني هذه الجارية ملكي وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطئها و
لان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها بقي الجرح بلا سراية والسراية
قطع فيمتنع القصاص ولهما انا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه
وهذا لان المقضي له معلوم والحكم منجز فوجب القول بالاستيفاء بخلاف
الفصل الاول لان المقضي له مجهول والاعتبار باختلاف السبب هنا
لان الحكم لا يختلف بخلاف ملك اليمين لان ملك اليمين يعاير ملك النكاح حكما
والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك في
الخطاء دون العمد لان العبد لا يصلح مالكا للمال وعلى اعتبار حالة الجرح
يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت يكون للمتبع لحرمته فيقضى منه
ديونه وينفذ وصاياه فجاز الاشتباه اما العمد فموجبه القصاص في العبد
يبقى على اصل الحرية فيه وعلى اعتبار ان يكون الحق له فالمولى هو الذي
مولاه اذ لا وارث له سواه فلا اشتباه فيمن له الحق واذا امتنع القصاص
في الفصلين عند محمد رحمه الله يجب ارش اليد وما نقصه من وقت الجرح الى
وقت الاعتاق كما ذكرنا لانه حصل على ملكه وسقط الفضل وعندهما
الجواب في الفصل الاول كالجواب عند محمد رحمه الله وفي الفصل الثاني ومن
قال لعبده احدكما حر ثم شجا فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى لان
العتق عيب زائل في المعيب والشجة نقصان في المعيب فبقيا مملوكين في حق
الشجة ولو قتلهما رجل يجب له الحر وقيمة العبد والفرق للبيان
انشاء من وجه اظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان
فاعتبر انشاء في حقهما وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبرناه اظهارا
محضا واجبهما حر بقيمتين فيجب قيمة عبد ودية حر بخلاف ما اذا قتل كل واحد
منهما رجل حيث يجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا

وكل منهما ينكر ذلك ولان الفساد بالموت يعتق في الجزء لانه لا يفيد
فايدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف واثبتنا له ولاية النقل
من الجزء الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة وهو في النفس دون الاطراف
فيبقى مملوكا في حق الاطراف قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع
عبده واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا ان شاء امسك العبد واخذ النقصان وان شاء دفع العبد
واخذ قيمته وقال الشافعي يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل
الضمان مقابلا بالفائت فيبقى الباقي على ملكه كما اذا فقأ احدى عينيه او
قطع احدى يديه ونحن نقول ان المالية قائمة في الذات وهي معتبرة
في حق الاطراف لسقوط اعتبارها في حق الذات قصرا عليه واذا كانت
معتبرة وقد وجد اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة والصمان
تتقدر بقيمة الكل فوجب ان يتملك الجثة دفعا للضرر ورعاية للمماثلة
بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه لا معنى للمالية وبخلاف عيني المدبر
لانه لا يعود الى انتقال من ملك الى ملك وفي قطع احدى يديه وفقأ احدى
العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة ولهما ان معنى المالية لما كان معتبرا وجب
ان يعتبر المولى على الوجه الذي قلنا كما في سائر الاموال فان من خرق ثوب غيره
خرقا فاحشا ان شاء المالك دفع الثوب اليه وضمنه قيمته وان شاء امسك
الثوب وضمنه النقصان وله ان المالية ان كانت معتبرة في الذات
فالآدمية غير مرتكبة فيه وفي الاطراف ايضا الا ترى ان عبدا لو قطع
يده عند آخر يومر المولى بالدفع او الفداء وهذا من احكام الآدمية لان
موجب الجناية على المال الرقبة فيها ثم من احكام المولى انه لا ينقسم
على الاجزاء ولا يتملك الجثة ومن احكام الثانية ان ينقسم ويتملك الجثة فوقفنا
على الشبهين حظهما من الحكم

فصل في جناية المدبر وام الولد

قال واذا جنى المدبر وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته
ومن ارشها لما روي عن ابي عبيدة رضي الله عنه انه قضى بجناية المدبر على
مولاه ولانه صار مانعا من تسليمه في الجناية بالتدبير او الاستيلاد
من غير اختياره الفداء وصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم
واما كون الاقل من قيمته ومن الارش فلانه لا حق لولي الجناية في اكثر من الارش
ولا منع من المولى في اكثر من القيمة ولا تخيير بين الاقل والاكثر لانه لا يفيد
في جنس واحد اختياره الاقل لاستحالة تكلف القرآن ان البرعيات صلاة
في الاعيان فيفيد التخيير بين الدفع والفداء وجنايات المدبر وان تواليت
لا توجب الا قيمة واحدة لانه لا يمنع منه الا في رقبة واحدة ولان دفع القيمة
كدفع العبد وذلك لا يتكرر فهذا كذلك ويتضاربون بالحصص فيها ويعتبر
قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه لان المنع في هذا الوقت يتحقق قال
فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الاولى يقضى بها فلان
عليه لانه مجبور على الدفع قال وان كان المولى دفع القيمة بغير قضاء
فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي الجناية الاولى
وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا لا شيء على المولى لانه حين دفع لم يكن
الجناية الثانية موجودة فقد دفع كل الحق الى مستحقه وكان كما اذا وقع
بالقضاء وله ان المولى جان بدفع حق ولي الثانية طوعا وولي الاولى
ضامن يقبض حقه طلبا فيخير وهذا لان الثانية مقارنة حكما من
وجه ولهذا يشاركه ولي الجناية الاولى ومتاخرة حكما من حيث انه يعتبر قيمته
يوم الجناية الثانية في حقها فجعلت كالمقارنة في حق التضمين ابطال
ما تعلق به من حق ولي الثانية عملا بالشبهين واذا اعتق المولى المدبر
وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لان الضمان انما وجب عليه
بالمنع فصار وجود الاعتاق من بعده وعدمه بمنزلة وام الولد بمنزلة

المدبر في جميع ما وصفنا لان الاستيلاد مانع من الرفع كالتدبير واذا اقر
المدبر بجناية لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق لان موجب جنايته
الخطاء على سيده واقراره به لا يتعدى الى السيد والله اعلم بالصواب

باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك

قال ومن قطع يد عبده ثم غصبه رجل
ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده
في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب فلا شيء عليه والفرق ان
الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فصير كانه هلك بآفة
سماوية فيجب قيمته اقطع ولم يوجد القاطع في الفصل الثاني فكانت السراية
مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا كيف وانه استولى
عليه وهو اسود اجيرا الغاصب عن الضمان قال واذا غصب
العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات في يده فهو ضامن لان المحجور عليه
مؤاخذ بافعاله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على
المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لان المولى
بالتدبير السابق عجز نفسه عن الدفع من غير ان يصير مختارا للفداء
فيصير مبطلا حق اولياء الجناية اذ حقهم فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة
فلا يزاد على قيمتها ويكون بين ذوي الجنايتين نصفين لاستوائهما في
الموجب قال ويرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فيصار كما اذا
استحق نصف العبد بهذا السبب قال ويدفعه الى ولي الجناية الاولى فان
ثم يرجع بذلك على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله
يرجع بنصف قيمته فيسلم له لان الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض
ما سلم لولي الجناية الاولى فلا يدفعه اليه كيلا يؤدي الى اجتماع البدلين
والجزاء في ملك واحد واحد كيلا يتكرر الاستحقاق ولهما ان حق الاول

لانه استحق نصف البدل بسبب كان في يد الغاصب

في جميع القيمة لانه حين جنى في حقه لا يزاحمه احد وانما انتقض باعتبار مزاحمة
الثاني فاذا وجد شيئا من بدل العبد في يد المالك فارغا يأخذه ليتم حقه واذا
اخذه يرجع المولى بما اخذه على الغاصب لانه استحق من يده بسبب كان
في يد الغاصب قال واذا جنى عند المولى فغصبه رجل فجنى عنده جناية اخرى
فعلى المولى قيمته بينهما نصفان ويرجع بنصف القيمة على الغاصب لما بينا
في الفصل الاول غير ان استحقاق النصف حصل بالجناية الثانية اذا كان
في يد الغاصب فدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به على الغاصب وهذا
بالاجماع ثم وضع المسألة في العبد فقال ومن غصب عبدا فجنى جناية في يده
ثم رده فجنى جناية اخرى فان المولى يدفعه الى ولي الجنايتين ثم يرجع على الغاصب
بنصف القيمة فيدفعه الى الاول ويرجع به على الغاصب وهذا عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد رحمهم الله يرجع بنصف القيمة فيسلم له وان جنى عند
المولى ثم غصبه فجنى في يده دفعه المولى بنصفين ويرجع بنصف قيمته
فيدفعه الى الاول ولا يرجع به والجواب في العبد كالجواب في المدبر في جميع ما
ذكرنا الا ان في هذا الفصل يدفع المولى العبد وفي الاول يدفع القيمة
قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فغصبه ثم
جنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان لانه منع رقبة
واحدة بالتدبير فيجب عليه قيمة واحدة ثم يرجع بقيمته على الغاصب
لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فيدفع نصيبها الى الاول لانه استحق كل
القيمة لان عند وجود الجناية عليه لا حق لغيره وانما انتقض لحكم المزاحمة
من بعد قال ويرجع به على الغاصب لان الاستحقاق بسبب كان في يده
ويسلم له ولا يدفعه الى ولي الجناية الاولى ولا الى ولي الجناية الثانية لانه
لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول وقد وصل ذلك اليه ثم قال هذه
المسألة على الاختلاف الاول وقال على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله ان في

الاولى الذي يرجع به عوض عما سلم والى الجناية الاولى لان الثانية كانت في
يد المالك فلو دفع اليه ثانيا تكرر الاستحقاق لها في هذه المسئلة يمكن ان
يجعل عوضا عن الجناية الثانية لحصولها في يد الغاصب فلا يؤدي الى
ما ذكرنا قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجأة او بحمى فليس عليه
شيء وان مات من صاعقة او نهشته حية فعلى عاقلة الغاصب الدية وهذا
استحسان والقياس ان لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي لان
الغصب في الحر لا يتحقق الا ترى انه لو كان مكاتبا صغيرا لا يضمن مع انه حر
يدا فاذا كان الصغير حرا ارقه ويدا اولى وجه الاستحسان انه لا يضمن
بالغصب لكنه يضمن بالاتلاف وهذا اتلاف تسبيبا لانه نقله الى ارض مسبعة
او الى مكان الصواعق وهذا من الصواعق والحيات والسباع لا تكون
في كل مكان فاذا نقله اليه وهو متعدي فيه وقد ازال حفظ الولي فيضاف
اليه لان شرط العلة ينزل منزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق
بخلاف الموت فجأة او بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف المكان حتى لو نقله
الى موضع يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن ويجب الدية على
العاقلة لكونه قتلا تسبيبا قال واذا اودع صبي عبدا فقتله فعلى
عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن وهذا عند ابي حنيفة ومحمد
رحمهما الله وقال ابو يوسف والشافعي يضمن في الوجهين وعلى هذا اذا
اودع العبد المحجور مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند ابي حنيفة
ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله
يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض والاعارة في العبد والصبي
وقال محمد رحمه الله في اصل الجامع الصغير صبي قد عقل وفي الجامع الكبير
وضع المسئلة في صبي ابن اثنتي عشرة سنة وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن
بالاتفاق لان التسبيب غير معتبر وفعله معتبر لهما انه اتلف مالا متقوما

معصوما حقا لمالكه فيجب عليه الضمان كما اذا كانت الوديعة وكما اذا اتلفه
غير الصبي في يد الصبي المودع ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله انه اتلف مالا
غير مضمون فلا يجب الضمان كما اذا اتلفه بادنه ورضاه وهذا لان
العصمة ثبتت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضع المال في يد من
فلا يبقى مستحقا للنظر الا اذا اقام غيره مقام نفسه في الحفظ فلا
اقامه هنا لانه لا ولاية له على الصبي ولا للصبي على نفسه بخلاف
البالغ والمأذون له لان لهما ولاية على انفسهما وبخلاف ما اذا كانت
الوديعة عبدا لان عصمته لحقه اذ هو مبقى على اصل الحرية وحق الدم
وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة
بالاضافة الى الصبي دون غيره قال واذا استهلك مالا ضمن بريه
من غير ايداع لان الصبي مؤاخذ بافعاله وصحة العقاب لا تعتبر
بقاء حقوق العباد

باب القسامة

واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف
خمسون رجلا منهم يختارهم الولي بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا
وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين
يمينا ويقضى له بالدية على المدعى عليه عمدا كان الدعوى او خطأ
وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كان الدعوى في العمد وهو احد
قولي الشافعي رحمه الله واللوث عندهما ان يكون هناك علامة القتل على
واحد بعينه او ظاهر يشهد للمدعي من العداوة ظاهرة او سلاح
عدل او جماعة غير معروفين من اهل المحلة قتلوه وان لم يكن الظاهر شاهدا
له فمذهبه مذهبنا غير انه لا يكرر اليمين بل يردها على الولي
وان حلفوا لا دية عليهم للشافعي رحمه الله في البداية يمين الولي قوله
عليه السلام للاولياء فيقسم منكم خمسون انهم قتلوه ولان اليمين يجب

على من يشهد له الظاهر ولهذا يجب على صاحب اليد فاذا كان الظاهر شاهدا
للولي بدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي اصل له كان النكول غير ان
هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يحتاط فيها والمال يجب معها فلهذا
وجبت الدية ولنا قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه
روى ان المسيب رحمه الله ان النبي عليه السلام بدأ باليهود بالقسامة وجعل
الدية عليهم لوجود القتيل بين اظهرهم ولان اليمين حجة للدفع وجوب
الاستحقاق وحاجة الولي الى الاستحقاق ولهذا لا تستحق بيمينه المال
المبتذل فالولي اولى ان لا يستحق به النفس المجترمة وقوله يتخيرهم الولي الى الخ
خيار تعيين الى الولي لان اليمين حقه والظاهر انه يختار من يتهمه بالقتل
او صالحي اهل المحلة لما ان يحترزهم عن اليمين الكاذبة ابلغ فيظهر القاتل
وفائدة اليمين النكول فان كانوا لا يبالون ويعلمون تغليظ اليمين الصالح على
العلم بابلغ مما تغليظ يمين الطالح ولو اختاروا الاعمى او مجدودا في قذف
جاز لانه يمين وليس بشهادة قال فاذا حلفوا قضى على اهل المحلة
بالدية ولا يستحلف الولي وقال الشافعي رحمه الله لا تجب الدية لقوله عليه السلام
في حديث عبد الله بن سهل يبرئكم اليهود بايمانها ولان اليمين حجة في الشرع
فتبرئ المدعى عليه لا تلزمه كالكافر سائر الدعاوى ولنا ان النبي عليه السلام
جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل وفي حديث زيد بن ابي مريم وكذا
جمع عمر رضي الله عنه بينهما على ما روينا وقوله عليه السلام يبرئكم
اليهود بايمانها محمول على البراءة عن القصاص والحبس وكذا اليمين
تبرئ عما وجب له اليمين والقسامة ما شرعت لتجب الدية اذا نكلوا بل
شرعت ليظهر القصاص بتحرزهم عن اليمين الكاذبة فيقر بالقتل فاذا
حلفوا جعلت البراءة عن القصاص ثم الدية تجب بالقتل الموجود
منهم ظاهرا لوجود القتيل بين اظهرهم لا بنكولهم او وجبت بتقصيرهم

في المحافظة كما في القتل الخطاء ومن ابى منهم اليمين حبس حتى
يحلف لان اليمين فيه مستحق لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا لم يجمع
بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن اصل
حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذل
الدية وهذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل
المحلة وكذا اذا ادعى على البعض باعيانهم والدعوى في العمد
او الخطاء لانهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض باعيانهم
سنذكره من بعد ان شاء الله تعالى قال وان لم يكن اهل المحلة
كردت الايمان عليهم حتى يتم خمسين لما روي ان عمر رضي الله عنه لما قضى
بالقسامة واتى الى تسعة واربعون رجلا فكرر اليمين على رجل
منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله
مثل ذلك ولان الخمسين واجب بالسنة فيجب اتمامها ما امكن ولا يطلب
فيه الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة ثم فيه استعظام امر الدم
فان كان العدد كاملا فاراد الولي ان يكرر على اجنبي فليس له ذلك
لان المصير الى التكرار ضرورة عجز الاكمال قال ولا قسامة
على صبي ولا مجنون لانهما ليسا من اهل القول الصحيح واليمين قول
قال ولا امرأة ولا عبد لانهما ليسا من اهل النصرة واليمين على
اهلها وان في حديث لا اثر به فلا قسامة ولا دية لانه ليس بقتيل
اذ القتيل في العرف من فاتت حيوته بسبب ثابت حي وهذا ميت
حتف انفه والغرامة تتبع فعل العبد والقسامة احتمال القتل
لم يجب عليه القسم فلا بد ان يكون به اثر يستدل به على كونه قتيلا و
ذلك بان يكون به جراحة او اثر ضرب او خنق وكذا اذا كان خرج الدم
من عينه او اذنه لانه لا يخرج منهما الا بفعل من الجني عادة بخلاف ما

اذا خرج من فيه او دبره او ذكره لان الدم يخرج من هذه المخارج عادة
بغير فعل احد وقد ذكرناه في الشهيد ولو وجد بدن القتيل او اكثره
من نصف البدن او النصف مع الراس في محلة فعلى اهلها القسامة
والدية وان وجدت نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف
مع الراس او وجد يده او رجله او رأسه فلا شيء عليهم لان هذا
حكم عرفناه بالنص وقد وجد في البدن الا ان للاكثر حكم الكل تعظيما
للآدمي بخلاف الاقل لانه ليس ببدل ولا ملحق به فلا يجري فيه القسامة
وانما اعتبرناه تكرر القسامتان والديتان بمقابلة نفسين واحد
ولا يتوالدان ولا صل فيه ان الموجود للاول لو كان بحال لو وجد البقية
يجري فيه القسامة لا يجب والمعنى ما اشرنا اليه وصلوة الجنازة في هذا
تجب على هذا الاصل لانها لا تتكرر ولو وجد فيهم جنين او سقط ليس
به اثر الضرب فلا شيء على اهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان
به اثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان
الظاهر ان تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شيء عليهم
لانه ينفصل ميتا لا حيا قال واذا وجد القتيل على دابة
يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون اهل المحلة لان في يده فصار
كما اذا كان في داره وكذا اذا كان قائدها او راكبها وان اجتمعوا فعليهم
لان القتيل في ايديهم فصار كما اذا وجد في دارهم قال وان
مر قتيل بين قريتين وعليها قتيل فهو على اقربهما لما روي ان النبي
عليه السلام اتي بقتيل وجد بين قريتين فامر ان يذرع وعن عمر رضي
الله عنه انه لما كتب اليه في القتيل الذي وجد بين واسط وارجح
كتب ان يقيس بين قريتين فوجد القتيل الى واسط اقرب فقضى
عليهم بالقسامة قيل هذا محمول على ما اذا كان بحيث يبلغ اهله الصوت

لانه اذا كان بهذه الصفة يلحقه الغوث فيمكنهم النصرة وقد قصروا
قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه لان الدار
في يده والدية على عاقلته لان نصرته منهم وقوته بهم قال ولا يدخل
السكان في القسامة مع الملاك عند ابي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد
وقال ابو يوسف رحمهما الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير كما تكون
بالسكنى تكون بالملك الا ترى ان النبي عليه السلام جعل القسامة والدية
على اليهود وان كانوا سكانا لخيبر ولهما ان الملك هو المختص بنصرة
البقعة دون السكان لان سكنى الملاك الزم وقرارهم ادوم فكانت ولاية
التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم واما اهل خيبر فالنبي عليه السلام
اقرهم على املاكهم فكان ياخذ منهم على وجه الخراج قال وهو على
اهل الخطة دون المشتري وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
رحمهم الله الكل المشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له
ولاية الحفظ وبهذا الطريق يجعل جانيا مقصرا والولاية باعتبار
الملك وقد استووا فيه ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة
البقعة هو المتعارف ولانه اصيل والمشتري دخيل وولايته
التدبير الى الاصيل وقيل ابو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ما شاهد
بالكوفة قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني من اهل الخطة لما
بينا وان لم يبق واحد منهم فهو على المشتري لان الولاية
انتقلت اليهم او خلفت لزوال من يتقدمهم او بزاحمهم واذا وجد
قتيل في دار فالقسامة على رب الدار دون العاقلة وفي القسامة
ان كانوا حضورا وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار بكرر عليه
الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمهما الله لا قسامة
على العاقلة لان رب الدار اختص بها من غيره فلا يشاركه غيره فيها كاهل

المحلة لا يشاركهم فيها عواقلهم ووجهه ان الحضور لزمتهم نصرة البقعة
كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه في القسامة قال ولو وجد القتيل
في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل والآخر ما بقي فهو على رؤس
الرجال لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير في التدبير فكانوا سواء
في الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال
ومن استوى دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة الذي
قبله وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا ان لم يكن فيه خيار فعلى عاقلة
المشتري وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذي يصير له لانه اذا انزل
قابلا باعتبار التقصير في الحفظ والاجب الاعلى من له ولاية الحفظ
والولاية تستفاد بالملك ولهذا كانت الدية على عاقلة صاحب الدار دون
المودع والملك المشتري قبل القبض في البيع البات وفي المشروط فيه
الخيار يعتبر فراد الملك كما في صدقة الفطر وله ان القدرة على الحفظ
باليد لا بالملك الا يرى انه يقدر على الحفظ باليد دون الملك ولا يقدر
بالملك دون اليد وفي اثبات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار
لاحدهما قبل القبض لانه دون اثبات دون البات ولو كان المبيع في يد المشتري
والخيار له فهو اخص الناس به فصار كما ولو كان الخيار للبائع فهو في يده
مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فيعتبر يده اذ به يقدر على الحفظ
قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقل العاقلة حتى
يشهد الشهود انها للذي في يده لانه لا يدل من الملك لصاحب اليد حتى
تعقل العواقل عنه واليد وان كانت دليلا على الملك ولكنها محتملة
فلا يكفي لايجاب الدية على العاقلة كما لا يكفي لاستحقاق الشفعة به في الدار
المشفوعة فلا بد من اقامة البينة قال وان وجد القتيل في سفينة
فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين لانها في ايديهم والظاهر يشهد
لهم

البائع وان كان في المبيع خيار لاجلهما هو على عاقلته

ارباب حتى يجب على الارباب الذين فيها وعلى السكان وكذا على من يتبعها
المالك في ذلك وغير المالك سواء وكذا ايجاب وهذا على ما روي
عن ابي يوسف ظاهر والفرق لهما ان السفينة تنقل ويحول فيعتبر
فيها اليد دون الملك كما في الدابة بخلاف المحلة والدار لانها لا تنقل
قال وان وجد في مسجد محلة فالقسامة على اهلها لان التدبير
فيه اليهم وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه
والدية على بيت المال لانه للعامة لا يختص به واحد منهم وكذلك الجسر
للعامة ومال بيت المال مال عامة المسلمين ولو وجد في السوق ان
كان مملوكا فعند ابي يوسف يجب على السكان وعندهما على المالك وان
لم يكن مملوكا كالشوارع العامة التي بنيت فيها فعلى بيت المال لانه لجماعة
المسلمين ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول ابي يوسف
رحمه الله الدية والقسامة على اهل السجن لانهم سكان وولاية التدبير
اليهم والظاهر ان القتل حصل منهم وهما يقولان ان اهل السجن
مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة
ولانه بني لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان عنده يعود اليهم
فغرمه يرجع اليهم قالوا وهذه فريعة المالك والساكن وهي مختلفة فيها
بين ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله قال وان وجد في بئر ليس
بقربها عمارة فهو هدر وتفسير القرب ما ذكرنا من استماع الصوت
لانه اذا كان بهذه الحالة لا يلحقه الغوث من غيره فلا يوصف بالتقصير
وهذا اذا لم يكن مملوكا لاحد فان كانت مملوكة فالقسامة والدية
على عاقلته وان وجد بين قريتين كان على اقربهما وقد بينا
وان وجد في وسط الفرات بقربه الماء فهو هدر لانه ليس في يد
احد ولا في ملكه وان كان بجنبه الساحل فهو على اقرب القرى

من ذلك المكان على التفسير الذي تقدم لانه احق بتعبيره هذا الموضع
فهو كالموضوع على الشط والشط في يد من تقرر منه الا ترى انهم
يستقون منه الماء ويوردون بهائمهم بخلاف النهر الذي يستحق
به السفن لاختصاص اهلها به لقيام يدهم عليه مكون القسامة
والدية عليهم قال ولان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه
لم تسقط القسامة عنهم وقد ذكرناه وذكرنا فيه القياس والاستحسان
قال ولان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم ووجه الفرق
وهو ان وجوب القسامة عليهم دليل على ان القاتل منهم فتعيينه واحدا
منهم لا ينافي ابتداء الامر لانه منهم بخلاف اذا عين من غيرهم لان ذلك
بيان ان القاتل ليس منهم وهم انما يغرمون اذا كان القاتل منهم لكونهم
قتلة تقديرا حيث لم يأخذوا على يد الظالم ولان اهل المحلة لا يغرمون
بمجرد ظهور القتيل بين اظهرهم الا بدعوى الولي فاذا ادعى القتل على
غيرهم امتنع دعواه عليهم وسقط الفقد شرطه قال واذا التقى
قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل وهو على اهل المحلة لان القتيل بين
اظهرهم والحفظ عليهم الا ان يدعي الولي على اوليك او على رجل
منهم بعينه فلم يكن على اهل المحلة لان هذه الدعوى تضمنت براءة اهل
المحلة عن القسامة قال ولا على اوليك حتى يقيموا البينة لان
بمجرد الدعوى لا يثبت الحق بالحديث الذي رويناه اما سقط به الحق
عن اهل المحلة لان قوله حجة على نفسه ولو وجد القتيل في معسكر
اقاموا بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط
فعلى من يسكنه الدية والقسامة وان كان خارجا من الفسطاط
وعلى اقرب الاخبية اعتبارا للدار عند انعدام الملك وان كان القوم
نزلوا قتالا ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر

ان البغاة قتلوه فكان هدرا وان لم يلقوا اعرابا على ثناه وان كان
بلادهم ظاهرا فالعسكر كالسكان فيجب على المالك عند ابي حنيفة خلافا
لابي يوسف رحمهما الله وقد ذكرناه قال واذا قال المستحلف قبله
فلان استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان لانه
يريد استسقاط الخصومة عن نفسه بقوله فلا تقبل فيحلف على ما
ذكرنا لانه لما اقر بالقتل بالقتل على واحد صار مستغنيا عن اليمين
فبقي حكم ما سواه فيحلف عليه قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة
على رجل من غيرهم انه قتل لا تقبل شهادتهما وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقالا تقبل لانهم كانوا بعرضية ان يصيروا خصماء وقد بطلت العرضية
بدعوى الولي القتل على غيره فيقبل شهادتهم كالوكيل بالخصومة
اذا عزل قبل الخصومة وله انهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير
الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من حلة الخصومة كالوصي
اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد قال رضي الله عنه وعلى هذا الاصل
هذين تخرج كثيرا من المسائل من هذا الجنس ولو ادعى على واحد من
اهل المحلة بعينه وشهد شاهدان من اهلها عليه لم تقبل الشهادة
لان الخصومة قائمة والكل على ما بينا والشاهد نقطع عن نفسه
فكان متهما وعن ابي يوسف رحمه الله ان الشهود يحلفون بالله
ما قتلنا ولا يزدادون على ذلك لانهم اخبروا انهم عرفوا القاتل قال
ومن جرح في قبيلة فنقل الى اهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب
فراش جنى جنايته القسامة والدية على القبيلة وهذا قول ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان الذي
جعل في القبيلة او المحلة ما دون النفس ولا قسامة فيه وجاء
هذا كما اذا لم يكن صاحب فراش وله ان الجرح اذا اتصل به الموت صار

قتلا ولهذا وجب القصاص فإن كان صاحب فراش أضيف إليه وإن لم يكن
احتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو أن رجلا
جرح به ذمي حمله إنسان إلى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم
يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف رحمه الله وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله
يضمن لأن يده لم تزل المحل فوجوده جرحا في يده كوجوده فيها وقلب
ذكرنا وجه القولين فيما قبله من مسألة القبيلة ولو وجد الرجل قتيلا
في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو
يوسف ومحمد وزفر رحمهم الله لا شيء فيه لأن الدار في يده حين وجد
الجرح فيجعل كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة إنما
تجب بناء على ظاهر القتل ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك
وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب
إذا وجد قتيلا في دار نفسه لأن حال ظهور قتله بقيت الدار على حكم
ملكه فصار كأنه قتل نفسه فيهدر دمه ولو أن رجلين كانا في بيت وليس
معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الآخر
الدية وقال محمد رحمه الله لا يضمنه لأنه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل
أنه قتله الآخر فلا يضمنه بالشك ولأبي يوسف رحمه الله أن الظاهر أن
الإنسان لا يقتل نفسه فكان التوهم ساقطا كما إذا وجد قتيل في محلة
ولو وجد قتيل في قرية فعند أبي حنيفة وأبي يوسف عليهما القسامة
بكر عليها الإمكان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها النسب وقال
أبو يوسف رحمه الله القسامة على العاقلة أيضا لأن القسامة إنما تجب
على من كان من أهل النصرة والمرأة ليست من أهلها فأشبهت الصبي
ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة قال
المتأخرون رحمهم الله أن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل في هذه المسألة

المسألة لأنا أنزلناها قاتلة والقاتلة تشارك العاقلة ولو وجب
رجل قتيلا في أرض رجل إلى جانب قرية ليس بها جانب الأرض من أهلها
قال هو على صاحب الأرض لأنه أحق بنصرة أرضه من أهل القرية

كتاب المعاقل

المعاقل جمع معقلة وهي الدية وتسمى الدية عقلا لأنها تعقل الدماء
من أن تسفك أي تحبسك قال والدية في شبه العمد والخطأ وكذا دية
وجبت بنفس القتل على العاقلة الذين يعقلون يعني يؤدون العقل
وهو الدية وقد ذكرناه في الديات والأصل في وجوبها على العاقلة قوله
عليه السلام في حديث حمل بن مالك للأولياء قوموا فدوه ولأن النفس
محترمة لا وجه إلى الإهدار والخاطئ معذور وكذا الذي تولى سببه العمد نظرا
إلى الآلة ولا وجه إلى إيجاب العقوبة عليه وفي إيجاب مال عظيم إجحافه
واستيصاله فيصير عقوبة فضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وإنما
خصوا بالضم لأنه إنما قصر بقوة فعله وذلك بأنصاره وهم العاقلة فكانوا
هم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا به قال العاقلة أهل الديوان
إن كان القاتل من أهل الديوان يؤخذ من أعطياتهم في ثلاث سنين
وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتب أسماءهم في
الديوان وهذا عندنا وقال الشافعي رحمه الله الدية على أهل العشيرة لأنه
كان كذلك على عهد رسول الله عليه السلام ولا نسخ بعده ولأنه صلة والأولى بها
الأقارب ولما قضى عمر رضي الله عنه فإنه لما دون الدواوين جعل العقل
على أهل الديوان وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير منهم
وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لأن العقل كان على أهل النصرة
وكانت بأنواع بالقرابة والحلف والولاء والعقد وفي عهد عمر رضي الله عنه
قد صارت بالديوان فجعلها على أهله إتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كا

اليوم قوم تناصروهم بالحلف وعاقلتهم اهل الحرفة وان كان بالحلف فاعلة والدية
صلة كما قال لكن الجابها فيما هو صلة وهو العطاء اولى منه في الحصول اموالهم
والتقدير بثلث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه وسلم ويحكى عن عمر رضي الله
عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف والعطاء يخرج من كل سنة مرة
واحدة فان خرجت العطايا في اكثر من ثلث سنين او اقل اخذ منها لحصول
المقصود وتاويله اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء
حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء ثم خرجت بعد القضاء
على ما نبين ان شاء الله تعالى ولو خرج للقاتل ثلث عطايا في سنة واحدة
معناه في المستقبل يوخذ منها كل الدية لما ذكرنا واذا كان جميع الدية
وما زاد على الثلث الى تمام الثلثين في السنة الثانية وما زاد على ذلك
الى تمام الدية في السنة الثالثة وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل
ان قتل ابنه عمدا فهو في ماله في ثلث سنين وقال الشافعي رحمه الله ما وجب على
القاتل في ماله فهو حال لان التاجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلحق
به العمد المحض ولنا ان القياس ياباه والشرع ورد به موجلا فلا يتعدى
ولو قتل عشرة رجلا خطا فعلى كل واحد عشر الدية في ثلث سنين اعتبارا
للجزء بالكل اذ هو بدل النفس وانما يعتبر مدة ثلث سنين من وقت القضاء
بالدية لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء فيعتبر
ابتداؤها من وقته كما في الولد المغرور قال ومن لم يكن من اهل الديوان
فعاقلته قبيلته لان نصرته بهم وهي المعتبرة في التعاقل قال ويقسم
عليهم في ثلث سنين لانه زاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص
منها قال رضي الله عنه كذا ذكره القدوري في مختصره وهذا اشارة الى انه يزاد
على اربعة من جميع الدية وقد نص محمد رحمه الله على انه لا يزاد كل واحد من جميع
الدية في ثلث سنين على ثلاثة او اربعة فلا يوخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم

او درهم وثلث درهم وهو الاصح قال وان لم يكن يتسع القبيلة لذلك
ضم اليهم اقرب القبائل معناه نسبا كل ذلك لمعنى التخفيف ويضم
الاقرب فالاقرب على ترتيب العصبات الاخوة ثم بنوهم ثم الاعمام ثم بنوهم
واما الابناء والآباء قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي
الحرج حتى لا يصيب كل واحد اكثر من ثلاثة او اربعة وهذا المعنى
انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون وعلى هذا حكم الروايات
اذا لم يتسع لذلك اهل الراية ضم اليه اقرب الروايات يعني اقربهم نصرة
اذا عجزوا عن الاقرب فالاقرب ويفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم
به ثم هذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على واحد نصف دينار
فيستوي فيه الكل لانه صلة فيعتبر بالزكوة وادناها ذلك اذ خمسة
دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول في احد ذبة منها الاتراها
لا توخذ من اصل المال المال فينقص منها لحقنا الزيادة التخفيف
ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب الرزق تقضى بالدية في ارزاقهم في
ثلث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطاء قائم
مقامه اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت ارزاقهم
تخرج في كل سنة فكما خرج رزق يوخذ منه الثلث بمنزلة العطاء وان
كانت تخرج في كل ستة اشهر وخرج بعد القضاء يوخذ منه بسدس الدية
وان كانت تخرج في كل شهر يوخذ من كل رزق بحصته من الشهر حتى يكون
المستوفي في كل سنة مقدار الثلث وان خرج بعد القضاء يوم
او اكثر اخذ من رزق ذلك الشهر بحصة الشهر وان كانت لهم ارزاق
في كل سهر واعطية في كل سنة فرضت الدية في العطية دون الارزاق
لانه انيسر اما لان الاعطية اكثر او لان الرزق لكفاية الوقت فيتعين
الاداء منه والاعطيات ليكونوا في الديوان فالعين بالنصرة يتبين عليهم

والـــ ولا دخل القاتل في العاقلة فيكون فيما يؤدي كاجدهم لانه
هو الفاعل ولا معنى لاخراجه وهو اخذ غيره وهو الناس فمن حمله
لا يجب على القاتل شيء من الدية اعتبارا للجزء بالكل في النفي عنه
والجامع كونه معزورا والناس الحاب الكل اجحاف فيه ولا كذلك الحاب
الجزء ولو كان الخاطئ معزورا والبرء منه اولى قال الله تعالى ولا تزر
وازرة وزر اخرى وليس على النساء والذمة ممن كان اسمه في الديوان
عقل لقول عمر رضي الله عنه لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امرأة ولان العقل انما
يجب على اهل النصرة لتركهم مناصرته والناس لا يتناصرون بالصبيان و
النساء ولهذا لا يوضع عليهم ما هو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان
القاتل صبيا او امرأة لا شيء عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من
الدية على القاتل باعتبار انه احد الاصول لانه ينصر نفسه وهذا لا يوجد
فيهما والفرض لهما من العطاء المعونة لا النصرة كفرض ازواج النبي عليه السلام
ورضي عنهن ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر يريد به اذا كان لاهل كل مصر
ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في
السكنى فاهل مصر اقرب اليه من اهل مصر آخر ويعقل اهل كل مصر من اهل سوادهم
لانهم اتباع لاهل المصر فانهم اذا اجرتهم امرا استنصروا بهم فيعقلهم اهل المصر
باعتبار معنى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه
اهل الكوفة لانه يستنصر باهل ديوانه لا بجيرانه ولهذا جعل له الاستنصار بالديوان
اظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والنسب والولاء وقرب السكنى وغيره و
بعد الديوان النصرة بالنسب على ما بيناه وعلى هذا تخرج كثير من صور مسائل المعاقل
ومن جنى جنايه من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب
اليه ومسكنه المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر لانه شرط ان يكون بينه و
بين اهل الديوان قرابة وهذا موضع لان الذين يكونون من اهل المصر ويقومون بنصرتهم

يصرفون

ويدفعون عنهم اهل الديوان من اهل المصر ولا يختصون به اهل العطاء وقيل تاويله
اذا كان قريبا لهم وفي الكتاب اشارة اليه حيث قال واهل البادية اقرب اليه من اهل
المصر وهذا لان الوجوب لحكم القرابة واهل المصر اقرب منهم مكانا فكانت
القدرة على النصرة لهم وجاء نظير مسئلة الغيبة المنقطعة ولو كان البدوي
نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقل اهل المصر لان اهل العطاء لا ينصرون من
لا مسكن له فيه كما ان اهل البادية لا يعقلون عن اهل المصر النازل فيهم لانه
لا يتصور ان كان اهل الذمة هو اقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم
قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا احكام الاسلام في المعاملات
لاستيلاء المعاني الباعثة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود في حقهم وان لم يكن
لهم عاقلة يعرفونها فالدية في ماله في ثلث سنين من يوم تقضى بها عليه كما في حق المسلم
لما بينا ان الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة ان لو وجدت
فاذا لم يوجد تعين عليه في ماله بمنزلة تاجر من مسلمين في دار الحرب قتل احدهما
صاحبه تقضى بالدية عليه في ماله لان اهل الذمة لا يعقلون عنه وتمكنه من هذا
القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر
والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت ملتهم لان الكفر كله ملة واحدة
قالوا اذا لم يكن المعادات فيما بينهم ظاهرة انما اذا كانت ظاهرة كاليهود
والنصارى سعى لم يعقل بعضهم عن بعض وهكذا عن ابي يوسف رحمه الله
لانقطاع التناصر ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله ديوان عطاء يحول
ديوانه الى البصرة لم يدفع الى القاصي وانه تقضى بالدية على عاقلته من اهل البصرة
وقال زفر رحمه الله تقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف
لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته اهل الكوفة وجاء كما اذا
حول بعد القضاء ولنا ان المال الواجب عند القضاء لما ذكرنا لم يزل الواجب
هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل

عنه عاقلته واذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء
بخلاف ما بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعاب
ذلك الذي خصه القاتل تؤخذ من عطايه بالبصرة لانها توجد من
العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قتل العاقلة بعد القضاء
عليهم حيث يضم اليهم اقرب القبايل في النسب لان في النقل ابطال
الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي به عليهم فكان
فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وعلى هذا لو كان القاتل يسكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي
بالدية على اهل البصرة ولو كان قضي بالدية على اهل الكوفة لم ينتقل
عنه ولذا البدوي اذا التحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى
بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا يتحول عنهم
هذا بخلاف ما اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم
في ثلث سنين ثم جعلهم الامام في العطاء حيث يصير الدية في اعطياتهم
وان كان قضي بها اول مرة في اموالهم واعطياتهم اموالهم غير ان
الدية تقضى من ايسر الاموال اداء والاداء من العطاء ايسر اذا
صاروا من اهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضي به
عليه بان كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول دراهم
ابدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى ذلك من مال العطاء
لانه ايسر وعاقلة المعتق قبيلة مولاه لان النصرة بهم ونؤيد ذلك
قوله عليه السلام مولى القوم منهم قال ومولى الموالاة يعقل
عنه مولاه وقبيلته لانه ولاء يتناصر به فاشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف
الشافعي رحمه الله وقد مر في الولاء قال ولا يعقل العاقلة اقل
من نصف عشر الدية ويتحمل نصف العشر فصاعدا والاصل فيه حديث ابن

لانه ليس فيه نقض القضاء الاول لانه قضي بها في اموالهم

عباس

عباس رضي الله عنهما موقوفا عليه ومرفوعا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش
الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس ولان التحمل للتجوز
عن الاجحاف ولا اجحاف في القليل وانما هو في الكثير والتقدير
الفاصل عرف بالسمع قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني
والقياس فيه التسوية بين القليل والكثير فيجب الكل في العاقلة
كما ذهب اليه الشافعي رحمه الله او التسوية في ان لا يجب شيء على العاقلة
الا انا تركناه بما روينا وما روي ان النبي عليه السلام اوجب ارش
الجنين على العاقلة وهو نصف عشر بدل الرجل على ما مر في الديات
فما دونه يسلك به مسلك الافعال لانه يجب بالتحكيم كما يجب ضمان المال
بالتقويم فلهذا كان في مال الجاني اخذا بالقياس قال ولا
تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح او باعتراف
الجاني لما روينا ولانه لا تناصر بالعبد والاقرار والصلح لا يلزمان
العاقلة لقصور الولاية عنهم قال الا ان يصدقوه لانه ثبت بتصديقهم
والامتناع كان لحقهم ولهم ولاية على انفسهم ومن اقر بعتق خطاء
ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضى عليه بالدية في ماله ثلاث
سنين من يوم نقضي لان التاجيل من وقت القضاء والثابت بالبينة
ففي الثابت بالاقرار اولى ولو تصادق القاتل وولي الجناية على ان
قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالكوفة بالبينة وكذبها
العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم
يكن عليه شيء في ماله لان الدية بتصادقهما قد تقررت على العاقلة
بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما بخلاف الاول الا ان يكون له عطاء
معهم فحينئذ يلزمه بقدر حصته لانه في حق حصته مقر على نفسه

وفي حق حجته العاقلة مقر عليهم قال وإذا جنى الجنين على العبد فقتله
خطأ كان على عاقلته لأنه بدل النفس على ما عرف من أصلنا وفي أحد قولي
الشافعي رحمه الله يجب في ماله لأنه بدل المال عنده ولهذا لو جب قيمته بالغة
ما بلغت وما دون النفس من العبد لا يتحمله العاقلة لأنه يسلك به مسلك
الأموال عندنا على ما عرف وفي أحد قوليه يتحمله كما في الحر وقد مر من قبل
قال أصحابنا إن العاقلة إذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال لأن جماعة
المسلمين هم أهل نصرته ليس بعضهم أحق من بعض فلهذا إذا مات
كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي
حنيفة رحمه الله رواية شاذة أن الدية في ماله ووجهه أن الأصل أن
يجب الدية على القاتل لأنه بدل متلف والإتلاف منه إلا أن العاقلة يتحملها
تحقيقا للتخفيف على ما مر فإذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم إلى الأصل
وابن الملاعنة عاقلته عاقلة أمه لأن نسبه ثابت منها دون الأب فإن
عقلوا عنه ثم أنكره الأب رجعت عاقلة الأم بما أدت على عاقلة
الأب في ثلاث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الأم على عاقلة الأب
لأنه تبين أن الدية واجبة عليهم لأن عند الإكذاب تبين أن النسب لم يزل
كان ثابتا من الأب حيث بطل اللعان بالإكذاب ومتى ظهر من الأصل فقوم
الأم تحملوا ما كان واجبا على قوم الأب فيرجعون عليهم لأنهم مضطرون
في ذلك وكذلك إن مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى
وعقل عنه قوم أمه ثم أدت الكتابة لأن عند الأداء يتحول ولاؤه إلى
قوم أبيه من وقت حرية الأب وهو أصل حر من أجزاء حيوته فتبين أن قوم الأم
عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله
فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر إن كان الآمر
ثبت بالبينة وفي حال الآمر إن كان ثبت بإقراره في ثلاث سنين من يوم يقضي بها

الآمر

القاضي على الآمر أو على عاقلته لأن الدية تجب موجبة بطريق التسبب
قال رضي الله عنه هرنا عن مسائل ذكرها محمد رحمه الله متفرقة والأصل
الذي يخرج عليه أن يقال حال القاتل إذا تبدل حكما ما ينقل ولاءه إلى ولاء
بسبب حادث لم ينتقل جنايته عن الأول فقضي بها أو لم يقض وإن ظهرت
حاله خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية إلى الأخرى وقع القضاء
بها أو لم ولو لم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار
بذلك لوقت القضاء فإن كان قضي بها على الأولى لم ينتقل إلى الثانية
وإن لم يكن قضي بها على الأولى فإنه يقضي بها على الثانية وإذا كانت
العاقلة واحدة فلحقها زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل
القضاء وبعده إلا فيما سبق أداؤه فنرى حكم هذا الأصل متأملا يمكنه
التخريج فيما يرد عليه من النظائر والأضداد والله الموفق للسداد

كتاب الوصايا

باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب

منه وما يكون رجوعا عنه قال الوصية عبارة واجبة وهي مستحبة والغياب
بأن حوازها لأنه تمليك مضاف إلى حال زوال الملكية ولو أضيف إلى حال قيامها
بأن قبل ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى إلا أنا استحسناه لحاجة الناس
إليها فإن الإنسان مغرور بأمله مقصر في عمله وإذا عرض له المرض وخاف
البيات يحتاج إلى تلافي بعض ما فرط منه من التفريط بماله على وجه لو مضى
فيه يتحقق مقصده المالي ولو أنه مضى البر بصرفه إلى مطلبه الحالي و
في شرح الوصية ذلك فشرحناه ومثله في الإجارة ومثله في الإجارة شبهاه
وقد تبقى الملكية بعد الموت باعتبار الحاجة كما في فرد التجهيز والدين وقد
نطق به الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها أو دين والسنة
وهو قوله عليه السلام إن الله تعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم في آخر أعماركم

زيادة لكم في أعمالكم فضعوها حيث شئتم لو قال حيث أحببتم وعليه إجماع الأمة ثم تصح
للأجنبي في الثلث من غير إجازة الورثة لما بيناه وسنبينه هو الأفضل إن شاء الله تعالى روينا
قال ولا يجوز ما زاد على الثلث لقوله عليه السلام في حديث سعد بن مالك
رضي الله عنه الثلث والثلث كثير بعدما نفى وصيته بالكل والنصف
ولأنه حق الورثة وهذا لأنه إنما تعلق سبب الزوال إليهم وهو إيثارهم عن
المال فأوجب تعلق حقهم به إلا أن الشرع لم يظهره في حق الأجانب بقدر
الثلث ليتدارك تقصيره على ما بيناه وأظهره في حق الورثة لأن الظاهر أنه لا يتصدق
به عليهم تبرعا إجماعا يتفق من الإيثار على ما بينته وقد جاء الحديث الحنيف في
الوصية من أكبر الكبائر وفسروها بالزيادة على الثلث وبالوصية للوارث
قال إلا أن يجيزها الورثة بعد موته وهم كبار لأن الامتناع لحقهم وهم
أسقطوه ولا معتبر بإجازتهم في حال حيوته لأنها قبل ثبوت الحق إذ الحق يثبت
عند الموت فكان لهم أن يرجعوا بعد وفاته بخلافه بعد الموت لأنه بعد
ثبوت الحق فليس لهم أن يرجعوا عنه لأن الساقط متلاش غاية الأمر أنه يتوقف
تستند عند الإجازة لكن الاستناد يظهر في القائم وهذا قد مضى وتلاشى
ولأن الحقيقة تستند عند الموت وقبله ثبت مجرد الحق فلو استند من كل وجه
ينقلب حقيقة قبله والرضا بإبطال الحق لا يكون رضا بإبطال الحقيقة ولذلك
إن كانت الوصية للوارث وإجازة البقية تملكه ما أخذ كرها وكل ما جاز بإجازة
الوارث يملكه الجائز له من قبل الموصي عندنا فلا شيء وعند الشافعي رحمه الله يملكه
من قبل الوارث والصحيح قولنا لأن السبب صدر من الموصي والإجازة دفع
المانع وليس من شرطه القبض وصار كالمرتهن إذا أجاز بيع الراهن ولا يجوز
للقاتل عامدا كان أو خاطئا بعد أن كان مباشرا لقوله عليه السلام لا وصية
للقاتل ولأنه استعجل ما أخره الله تعالى فيحرم الوصية كما يحرم الميراث وقال
الشافعي رحمه الله يجوز للقاتل وعلى هذا الخلاف إذا أوصى لمن لا يرثه أنه قتل الموصي

تبطل الوصية عندنا وعنده لا تبطل والحجة عليه في الفصلين ما بيناه
ولو أجازها الورثة جاز عنده أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف رحمهم الله
لا يجوز لأن جنايته باقية والامتناع لأجلها ولهما أن الامتناع
لحق الورثة لأن نفع بطلانها يعود إليهم كنفع بطلان الميراث
ولأنهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لأحدهم قال ولا يجوز
لوارثه لقوله عليه السلام إن الله تعالى أعطى كل ذي حق حقه ألا
لا وصية للوارث ولأنه يتأذى البعض بإيثار البعض فيمنع تحويزه
قطيعة الرحم ولأنه جاء الحديث الذي رويناه ويعتبر كونه وارثا
أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لأنه تمليك مضاف إلى ما
بعد الموت وحكمه يثبت بعد الموت والهبة من المريض للوارث
في هذا بمنزلة الوصية لأنه وصية حكما حتى تنفذ من الثلث وإقرار المريض
للوارث على عكسه لأنه تصرف في الحال فيعتبر ذلك وقت الإقرار قال
إلا أن يجيزها الورثة ويروى هذا استثناء فيما رويناه ولأن الامتناع
لحقهم فيجوز إجازتهم ولو أجاز بعضهم ورد بعض يجوز على المجيز
بقدر حصته لولايته عليه ويبطل في حق المرد قال ويجوز أن
يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم قال الأول لقوله تعالى لا ينهاكم
الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين الآية والثاني لأنهم يساوون
المسلمين في المعاملات ولهذا جاز التبرع من الجانبين في حالة الحيوة
فكذا بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لأهل الحرب باطلة
لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية قال
وقبول الوصية بعد الموت وإن قبلها الموصى له في حالة الحيوة أو ردها
فذلك باطل لأن أوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر
قبله كما لا يعتبر قبل العقد قال ويستحب أن يوصي الإنسان بثلث

الثلث سواء كانت الورثة اغنياء او فقراء لان في التنقيص صلة القرب
بترك ما له عليهم بخلاف استكمال الثلث لانه استيفاء تمام حقه فلا صلة
ولانه ثم الوصية ما قل من الثلث اولى ام تركها قالوا ان كانت
الورثة فقراء ولا يستغنون بما يرثون فالترك اولى لما فيه من
الصدقة على القريب وقد قال عليه السلام افضل الصدقة على ذي
الرحم الكاشح ولان فيه رعاية حق الفقر والقرابة جميعا ولو كانوا
اغنياء او يستغنون بنصيبهم فالوصية اولى لانه يكون صدقة
على الاجنبي والترك صلة من القريب والاولى الاولى لانه يبتغي بها وجه
الله تعالى وفي هذا الوجه يحتمل استكمال كل منهما على فضيله
وهو الصدقة او الصلة فيتخير بين الخيرين قال والموصى به
يملك بالقبول خلافا لزفر رحمه الله وهو احد قولي الشافعي هو يقول
الوصية اخت الميراث اذ كل منهما خلافة لما ان انتقال الملك
يتم من غير قبول فكذا الوصية ولنا ان الوصية اثبات ملك جديد
ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يملك احد
اثبات الملك لغيره الا بقبوله اما الوراثة خلافة حتى يثبت فيها
الاحكام فيثبت جبرا من الشرع من غير قبول قال الا في مسئلة
واحدة وهو ان يموت الموصى له قبل القبول فيملك
الموصى به في ملك ورثته استحسانا والقياس ان تبطل الوصية
لما بينا ان الملك موقوف على القبول فصار كموت المشتري قبل قبوله
بعد الخيار البائع وجه الاستحسان ان الوصية من جانب الموصي
قد تمت بموته فاما ما يلحقه الفسخ من جهته وانما توقف لحق الموصى
له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري
اذا مات قبل الاجازة قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله

لم تجز الوصية لان الدين مقدم على الوصية لانه اهم لتعلق حاجتين
فانه فرض والوصية تبرع وابدا بالاهم فالاهم الا ان يبرئه
الغرماء لانه لم يبق الدين فينفذ الوصية على الحد المشروع
لحاجته اليها قال ولا تصح وصية الصبي وقال الشافعي رحمه الله
تصح اذا كان في وجوه الخير لان عمر رضي الله عنه اجاز وصية يفاع
او يافع وهو الذي راهق الحلم ولانه نظر له نصر في الحق نفسه
فيثبت الزلفى ولو لم ينفذ تبقى على غيره ولنا انه تبرع والصبي
ليس من اهله ولان قوله غير ملزم وفي تصحيح وصيته قول بالزام
قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا اذا كانت
وصيته في تجهيزه وامر دينه وذلك جائز عندنا وهو يجيز التوا
بالترك على ورثته كما بينا والمعتبر في النفع والضرر النظر الى
اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال واعتبره بالطلاق
فانه لا يملكه ولا وصية وان كان يتفق نافعا في بعض الاحوال
وكذا اذا اوصى ثم مات بعد الادراك لعدم الاهلية وقت المباشرة
وكذا اذا قال اذا ادركت فثلثي لفلان وصية لقصور اهليته
فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كالطلاق والعتاق بخلاف العبد
والمكاتب لان اهليتهما مستتمة والمانع حق المولى فيصح اضافته
الى حال سقوطه قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك وفاء
قال له ان يقبل التبرع وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما
تصح ردا لها الى مكاتب يقول كل مملوك لي ملكه فما استفبل فهو
حر ثم عتق فملك والخلاف فيما يجري فيه عرف في موضعه قال ويجوز
الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من سنة اشهر من وقت الوصية
اما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعل خليفه في بعض

قال والجنين يصلح خليفة في الارث فكذا في الوصية اذ هي اخته الا انه يرتد بالرد
لما فيه من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه
لتملكه شيئا واتحاد الثاني فلانه يعرض الوجود اذ الكلام فيما علم وجوده وقد عنه
الوصية وبانها اوسع لحاجة الميت وعجزه ولهذا تصح في غير الموجود
كالثمرة فلان تصح في الموجود اولى قال ومن اوصى بجارية الا حملها
فهي للموصى له والاستثناء لان اسم الجارية لا يتناول الحمل لعطاء ولكنه
يستحق الاطلاق تبعا فاذا افرد الام بالوصية صح افرادها ولانه
يصح افراد الحمل بالوصية مجازا استثناؤه وقد تبرع في البيوع قال ويجوز
للموصى الرجوع عن الوصية لانه تبرع لم يتم فجاز الرجوع كالهبة وقد
حققناه في كتاب الهبة ولان القبول يتوقف على الموت والايجاب يصح
ابطاله قبل القبول كما في البيع قال واذا صرح بالرجوع او
فعل ما يدل على الرجوع كان رجوعا اما الصريح فظاهر وكذا الدلالة
لانها تعمل عمل الصريح فقام مقام قوله قد ابطلت وصار كالبيع بشرط
الخيار فانه يبطل الخيار فيه بالدلالة ثم كل فعل لو فعله الانسان في ملك
الغير ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصي كان رجوعا وقد عددنا
هذه الافاعيل في كتاب الغصب وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به ولا
يمكن تسليم العين الا بها فهو رجوع اذا فعله مثل السويق يلته بسمن
والدار يبنيها الموصي والقطن يحشوه والبطانة يبطنها بها والظهارة
يظهرها لانه لا يمكن تسليمه بدون الزيادة ولا يمكن نقضها لانه جعل في ملك
الموصي من جهته بخلاف تجصيص الدار للموصى بها وهدم بنائها لانهما
تصرف في التابع وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما
اذا باع العين الموصى به ثم اشتراه او وهبه لم يرجع فيه لان الوصية
لا تنفذ الا في ملكه فاذا زال كان رجوعا وذبح الشاة الموصى بها رجوع

لانه للصرف الحاجة عادة فصار هذا المعنى اصلا ايضا وغسل الثوب
الموصى به لا يكون رجوعا لان من اراد ان يعطي ثوبه غيره يغسله عادة
فان نفر قال ومن جحد الوصية لم يكن رجوعا كذا ذكر محمد رحمه الله
وقال ابو يوسف رحمه الله يكون رجوعا لان الرجوع نفي في الحال والجحود
نفي في الماضي والحال فاولى ان يكون رجوعا حقيقة ومحمد رحمه الله ان الجحود
نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك فاذا كان ثابتا في الحال كان
الجحود لغوا اذ لان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي في
الماضي والحال فلا يكون رجوعا حقيقة ولهذا لا يكون جحود النكاح فرقة
قال ولو قال كل وصية اوصيت بها لفلان فهو حرام او دينه لا يكون
رجوعا لان الوصية تستدعي بقاء الاهل بخلاف ما اذا قال في باطله لانه
الذاهب المتلاشي ولو اخر ثلثه لا يكون رجوعا لان التاخير ليس بالسقوط
كتاخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت ثلثه اسقاط ولو قال لعبد الذي
اوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة
بخلاف ما اذا اوصى به لرجل ثم اوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ
صالح لها وكذا اذا قال هو لفلان وادنى يكون رجوعا عن الاول لما بينا
ويكون وصية للوارث وقد ذكرنا حكمه ولو كان فلان الآخر ميتا حين
اوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها
للثاني ولم تحقق فبقي للاول ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل
موت الموصي فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية
بالموت والله اعلم

باب الوصية بثلث المال

قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم يجز
الورثة فالثلث بينهما لانه يضيق الثلث عن حقيهما اذ لا يزاد عليه عند
عدم الاجازة على ما تقدم وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق

والحل بقبل الشركة فيكون بينهما فان اوصى لاحدهما بالثلث وللآخر بالسدس
فالثلث بينهما اثلاثا لان كل واحد يدلي بسبب صحيح وضاق الثلث عن حقيهما
فيقسمانه على قدر حقيهما كما في اصحاب الديون فيجعل للاول سهما فصار ثلاثة
سهم لصاحبه وسهمان لصاحب الكثير وان اوصى لاحدهما بجميع ماله و
للآخر بثلث ماله ولم يجز الورثة فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو
حنيفة رحمه الله الثلث بينهما نصفان ولا يضرب الوصي له رحمه الله للموصى له
بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والارش المرسلة في
الخلافيات ان الموصى قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل واستحقاق
الحق الورثة ولا مانع من التفضيل فثبت كما في المحاباة واختيارها وله
ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا نفاذ
لها حال وتبطل اصلا والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلانه
كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع بخلاف مواضع الاجماع لان لها نفاذا في
الجملة بدون اجازة الورثة بان كان في المال سعة فيعتبر في التفاضل لكونه
مشروعا في الجملة بخلاف ما نحن فيه وهذا الخلاف فيما اذا اوصى بعين من تركته
قيمته تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل ان يزيد المال فيخرج
من الثلث لان هناك الحق تعلق بعين التركة بدليل انه لو هلك واستفاد
مالا آخر تبطل الوصية وفي الالف المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد
فلم يكن متعلقا بعين ما يتعلق به حق الورثة قال واذا اوصى بنصيب
ابنه فالوصية باطلة وان اوصى لقاتل نصيب ابنه جاز لان الاول وصية
حال الغيبوبة ان نصيب الابن ما نصيبه بعد الموت والثاني وصية لقاتل نصيب
الابن وقتل الشيء فيه وان كان تفويته بعض وقال زفر رحمه الله يجوز في الاول
ايضا فنظر الى الحال والكلام فيه وجوابه ما قلنا قال ولو اوصى
بسهم من ماله فله اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس

السدس ولا يزاد عليه وهذا عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا له مثل نصيب
احد الورثة ولا يزاد على الثلث الا ان يجيز الورثة لان السهم يراد به
احد سهام الورثة في الاستيفاء والوصية والاقل متيقن به فيصرف
اليه الا اذا زاد على الثلث فيرد اليه لانه لا مزيد عليه عند عدم اجازة
الورثة وله ان السهم هو السدس هو المروي عن ابن مسعود رضي
الله عنه وقد رفع الى النبي عليه السلام فيما يروى وانه يذكر و
يراد به السدس فان ايا ما قال السهم في اللغة عبارة عن السدس
ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى ما ذكرنا قالوا كان هذا في
عرفهم وفي عرفنا السهم كالجزء قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة
اعطوه ما شئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير غير ان الجهالة لا
تمنع صحة الوصية والورثة قائمون مقام الموصي فاليهم البيان
ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في مجلس آخر له ثلث مالي
واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن قال سدس
مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله سدس
واحد لان السدس ذكر معرفا باضافته الى المال والمعرفة اذا
اعيدت يراد بالثاني عين الاول لتوالي المعهود في اللغة قال
ومن اوصى بثلث جارية او ثلث غنمه فهلك ثلثاها فالباقي ثلثه
وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله فله جميع ما بقي وقال زفر رحمه الله له ثلث
ما بقي لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يتوزع على ما توزع عليه
الشركة ويبقى ما بقي عليها وصار كما اذا كانت الشركة اجناسا مختلفة
ولنا ان في الجنس الواحد يمكن جمع حق احدهم في الواحد ولهذا يجري
فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة لجمعها في الواحد
الباقي وصارت الدراهم كالدراهم بخلاف الاجناس المختلفة لانه لا يمكن

الجمع فيها جبرًا فكذا تقديمها قال ولو أوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثا
ذلك وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الموصى له ثلث ما بقي
من الثياب قالوا هذا إذا كانت الثياب من أجناس مختلفة ولو كانت
من جنس واحد فهو بمنزلة الدراهم وكذا المكيل والموزون بمنزلتها
لأنه يجري فيه الجمع جبرًا بالقسمة ولو أوصى بثلث ماله من رقيقه فمات
اثنان لم يكن له إلا ثلث الباقي وكذا الدور المختلفة وقيل هذا قول
أبي حنيفة رحمه الله وحده لأنه لا يرى الجبر على القسمة وقيل هو قول
الكل لأن عندهما للقاضي أن يجتهد ويجمع وبدون ذلك يتعذر الجمع
والأول أشبه للفقه المذكور قال ومن أوصى لرجل بألف درهم وله
مال غير ودين فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إلى الموصى له لأنه أمكن
إيفاء كل ذي حق حقه من غير نقص فيصار إليه وإن لم يخرج دفع إليه
ثلث العين وكلما خرج شيء من الدين أخذ ثلثه حتى يستوفي الألف لأن
الموصى له شريك الوارث في تخصيصه بالعين يجيء في حق الورثة لأن
للعين فضلا على الدين ولأن الدين ليس بمال في مطلق الحال وإنما
يصير مالا عند الاستيفاء فأما عند الموت فالنظر لما ذكرنا قال ومن
أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فإذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد لأن
الميت ليس بأهل للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو من أهلها كما إذا
أوصى لزيد وجماد وعن أبي يوسف رحمه الله أنه إذا لم يعلم بموته
فله نصف الثلث بخلاف ما إذا علم بموته لأن الوصية لغو فكان رادًّا
بكل الثلث للحي وإن قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو
نصف الثلث لأن قضية هذا اللفظ أن يكون لكل واحد منهما
نصف الثلث بخلاف ما تقدم الأخرى لمن قال ثلث مالي لفلان
وسكت كان له كل الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم

يستحق الثلث قال ومن أوصى بثلث ماله ولا مال له وإكتسب مالا استحق
الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت لأن الوصية عقد استخلاف مضاف
إلى ما بعد الموت وثبت حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت لا قبله
وكذا إذا كان له مال فهلك ثم اكتسب مالا لما بينا ولو أوصى له بثلث غنمه
وهلك الغنم قبل موته أو لم يكن له غنم في الأصل فالوصية باطلة لما ذكرنا
أنه إنما يجب بعد الموت ويعتبر قيامه حينئذ وهذه الوصية تعلقت بالعين
فيبطل بفواته عند الموت وإن لم يكن له غنم فاستفاد ثم مات فالصحيح
أن الوصية تصح لأنه لو كان بلفظ المال يصح فكذا إذا كانت باسم نوعه
وهذا الذي وجد قبل الموت فضل والمعتبر قيامه عند الموت فلو
له شاة من ماشية وليس له غنم تعطى قيمة شاة لأنه لما أضافه إلى المال
علمنا بأن مراده الوصية بماليته الشاة إذ ماليته يوجد بمطلق المال
ولو أوصى بشاة ولم يضفه إلى ماله ولا غنم له قيل لا تصح لأن الصحيح إضافته
إلى المال وبدونها يعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل تصح لأنه لما ذكر
الشاة وليس في ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمي ولا غنم
له فالوصية باطلة لأنه لما أضافه إلى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث
جعله جزءًا من الغنم بخلاف ما إذا أضافه إلى المال وعلى هذا الخرج كثير من
المسائل قال ومن أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده وهن ثلاثة وللفقراء
والمساكين فإن ثلاثة أسهم من خمسة أسهم قال رضي الله عنه وهذا عند
أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد رحمه الله أنه يقسم على سبعة أسهم
لهن ثلاثة ولكل فريق سهمان وأصله أن الوصية لأمهات الأولاد جائزة
والفقراء والمساكين جنسان وفسرناهما في الزكوة ولمحمد رحمه الله أن المذكور
لفظ الجمع وأدناه في الميراث اثنان يحدد ذلك في القرآن فكان من كل فريق
اثنان فأمهات الأولاد ثلث فلهذا نقسم على سبعة ولهما أن الجمع المحلى

بالالف واللام يراد به الجنس وانه يساوي الجميع احتمال الكل لا سيما
عند تعذر صرفه الى الكل فيعتبر من كل فريق واحد فبلغ الحساب خمسة والثلثة
للثلث قال ولو اوصى بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه
للمساكين عندهما وعند محمد رضي الله عنه لفلان وثلثاه للمساكين ولو اوصى بثلثه
للمساكين له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعنده لا يصرف الا الى مسكينين
بناء على بيانه قال ومن اوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد
اشركتك معهما فله ثلث كل مائة لان الشركة للمساواة لغة وقد امكن اثباته
بين الكل هاهنا فلا يحال الى المال لانه نصيب كل واحد منهم بلغ مائة بخلاف
ما اذا اوصى لرجل باربعمائة ولآخر بمائة ثم كان الاشراك لانه لا يمكن تحقيق
المساواة بين الكل لتفاوت المالين فجعلناه على مساواته كل واحد بنصيب
نصيبه عملا باللفظ بقدر الامكان قال ومن قال لفلان علي دين
فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى الثلث وهذا استحسان
وفي القياس لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لكنه لا يحكم به
الا بالبيان وقوله فصدقوه صدر مخالفا للشرع لان المدعي لا يصدق
الا بحجة فتعذر اثباته اقرارا مطلقا فلا يعتبر وجه الاستحسان انا نعلم
ان من قصده تقديمه على الورثة فقد امكن تنفيذ قصده بطريق الوصية
وقد يحتاج اليه من يعلم باصل الحق عليه دون مقداره سعيا منه في تفريغ
ذمته فيجعلها وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كانه قال اذا جاء فلان
وادعى شيئا فاعطوه من مالي ما شاء وهذه معتبرة من الثلث فلهذا يصدق
الى الثلث دون الزيادة قال ولو اوصى بوصايا فهو لك يعني الثلث
لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة لان ميراثهم معلوم وكذا الوصايا معلومة
وهذا المجهول فلا يزاحم المعلوم فيقدم حق المعلوم وفي الاقرار فائدة
اخرى وهو ان احد الفريقين قد يكون اعلم بمقدار هذا الحق وابصر به

والآخر

والآخر الب خصاما وغيابهم يختلفون في الفضل اذا ادعاه
الخصم وبعد الاقرار يصح اقرار كل واحد فيما في يده من غير منازعة
واذا عزل يقال لاصحاب الوصايا صدقوه فيما شئتم ويقال
للورثة صدقوه فيما شئتم لان هذا دفع حق المستحق وصيته
في حق التنفيذ واذا اقر كل فريق بشيء ظهر ان في التركة دينا شائعا
في النصيبين فيوخذ اصحاب الثلث بثلثي ما اقروا به والورثة
بثلثي ما اقروا تنفيذا لاقرار كل فريق في قدر حقه وعلى كل فريق منهما
اليمين على العلم ان ادعى المقر له زيادة على ذلك لانه يحلف على ما
جرى بينه وبين غيره قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه فالا
جنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث لانه اوصى بما لا يملك
الا بتصحيحه وما لا يملك فيصح في الاول ويبطل في الثاني بخلاف ما اذا
اوصى لحي وميت لان الميت ليس باهل للوصية فلا يصلح مزاحما فيكون
الكل للحي والوارث من اهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا
وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا اقر بعين
او دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي لان الوصية
انشاء تصرف والشركة تثبت حكما له فيصح في حق من يستحقه منهما اما
الاقرار فاخبار عن امر كائن وقد اخبر بوصف الشركة في الماضي فلا
وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف اخبره ولا الى اثبات
الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي
شيئا كان للوارث ان يشاركه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض
ويشاركه الوارث حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حجته
احدهما ممتاز عن حجته الآخر بقاء وبطلانا قال ومن كان له
ثلاثة اثواب جياد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد لرجل فضاع

ثوب ولا يدري أيهما هو والورثة يجحدون ذلك فالوصية
باطلة ومعنى جحودهم أن يقول الورثة لكل واحد تعينه الثوب
الذي هو حقك قد هلك فكان المستحق مجهولا وجهالته تمنع صحة
القضاء وتحصيل المقصود فيبطل قال إلا أن تسلم الورثة
الثوبين الباقيين فإن سلموا زال المانع وهو الجحود فيكون لصاحب
الجيد ثلث الثوب الأجود ولصاحب الوسط ثلث الجيد وثلث
الأدون ولصاحب الأدون ثلثا الثوب الأدون لأن صاحب
الجيد لا حق له في الرديء يقين لأنه إما أن يكون وسطا أو ردئا
ولا حق له فيهما وصاحب الرديء لا حق له في الجيد الباقي يقين
لأنه إما أن يكون جيدا أو وسطا ولا حق له فيهما ويحتمل أن
يكون الرديء هو الرديء الأصلي فيعطى من رجل الاحتمال وإذا ذهب
ثلثا الجيد وثلثا الأدون لم يبق إلا ثلث الجيد وثلث الرديء فيتعين
حق صاحب الوسط فيه ضرورة قال وإذا كانت الدار بين رجلين
فأوصى أحدهما بنصيبه لرجل فإنها تقسم وإن وقع البيت في نصيب
الموصي فهو للموصى له عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وعن محمد
رحمه الله نصفه للموصى له وإن وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل
ذراع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال
محمد رحمه الله للموصى له مثل ذراع نصف البيت له أنه أوصى بملكه و
ملك غيره لأن الدار بجميع أجزائها مشتركة فنفذ الأول وتوقف الثاني
وهو أن يملك بعد ذلك بالقسمة التي لا تنفذ الوصية السابقة
كالذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم إذا قسموها ووقع البيت
في نصيب الموصي نفذ الوصية في عين الموصى به وهو نصف
البيت وإن وقع في نصيب صاحبه له مثل ذراع نصف البيت

تنفيذا

تنفيذا للوصية في بدل الموصى به عند فواته كالجائزة الموصى بها
إذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما إذا باع العبد الموصى
به حيث لا يتعلق الوصية بثمنه لأن الوصية تبطل بالبيع قيام على
البيع على ما بيناه ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما استقر ملكه
فيه بالقسمة لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به
كل وجه وذلك يكون بالقسمة لأن الانتفاع بالمشاع قاصر وقد
استقر ملكه في جميع البيت إذا وقع في نصيبه فينفذ الوصية
فيه ومعنى المبادلة في هذه القسمة تابع وإنما المقصود الإفراز
تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه وعلى اعتبار الإفراز
يصير كأن البيت ملكه من الابتداء وإن وقع في نصيب الآخر ينفذ في
قدر ذراع من جميع ما وقع في نصيبه إما لأنه عوضه كما ذكرناه
أو لأن مراد الموصي من ذكر البيت التقدير به تحصيلا لمقصوده
ما أمكن إلا أنه يتعين البيت إذا وقع في نصيبه جمعا بين الجهتين
التقدير والتمليك وإذا وقع في نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو
لأنه أراد التقدير على اعتبار أحد الوجهين والتمليك بعينه
على اعتبار الوجه الآخر كما إذا علق عتق الولد وطلاق المرأة
بأول ولد تلده أمته والمراد في جزاء الطلاق منطلق الولد وفي
العتق ولد حي ثم إذا وقع البيت في نصيب غير الموصي في الدار بأن
ذراع والبيت عشرة أذرع تقسم نصيبه بين الموصى له والورثة على
عشرة أسهم تسعة منها للورثة وسهم للموصى له وهذا عند محمد رحمه الله
فيضرب الموصى له بخمسة أذرع نصف البيت وهم بنصف الدار سوى البيت
وهو خمسة وأربعون فيجعل كل خمسة سهما فيصير عشرة وعندهما يقسم

على احد عشر سهما لان الموصى له يضرب بالعشرة وهم خمسة واربعين
فيصير السهام احد عشر سهما للموصى له سهمان ولهم تسعة ولو كان
مكان الوصية اقرار قيل هو على الاختلاف وقيل لا خلاف فيه لمحمد رحمه الله
والفرق له ان الاقرار تملك الغير صحيح حتى لو اقر بملك الغير لغيره
ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية تملك الغير لا يصح حتى لو ملكه
بوجه من الوجوه ثم مات لا يصح وصيته ولا تنفذ قال ومن
اوصى من مال رجل آخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت
الموصى فان دفعه فهو جائز وله ان يمنع لان هذا تبرع بمال الغير فتوقف
على اجازته واذا اجازه يكون تبرعا منه ايضا فله ان يمنع من التسليم
بخلاف ما اذا اوصى بالزيادة على الثلث واجازه الورثة لان الوصية في
مخرجها صحيحة لمصادفتها ملك نفسه والامتناع لحق الورثة فاذا اجازوها
سقط حقهم فنفذ من جهة الموصى قال واذا قسم الابناء
تركة الاب الغائب اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله فان
المقر يعطي ثلث ما في يده وهذا استحسان والقياس ان يعطيه نصف
ما في يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له يضمن اقراره
عليهما وانه اياه والتسوية في اعطاء النصف تبقي له النصف وجه
الاستحسان انه اقر له بثلث شائع في التركة وهي في ايديهما فكلف
مقر ثلث ما في يده بخلاف ما اذا اقر احدهما بدين لغيره لان الدين
مقدم على الميراث فيكون مقرا بسقمه فيقدم عليه اما الموصى له
بالثلث شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ان يسلم للورثة ثلاثة ولانه
لو اخذ منه نصف ما في يده فربما يقر الابن الآخر به ايضا فياخذ نصف
ما في يده فيصير نصف التركة فيزداد على الثلث قال ومن اوصى

لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث
فهما للموصى له لان الام دخلت في الوصية اصالة والولد تبعا حين كان متصلا
بالام فاذا ولدت قبل القسمة والتركة قائمة بقاء على ملك الميت حتى يقضى
ديونه وينفذ وصاياه دخل في الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا
من الثلث ضربت بالثلث واخذ ما يخصه منهما جميعا عند ابي يوسف ومحمد
رحمهما الله وقال ابو حنيفة رضي الله عنه ما حدث من الام فان فضل شيء اخذه
من الولد وفي الجامع الصغير عتق صوني وقال رجل له ستمائة درهم وامة
تساوي ثلثمائة درهم فاوصى بالجارية لرجل ثم مات فولدت ولدا يساوي
ثلثمائة درهم قبل القسمة فللموصى له الام وثلث الولد عنده وعندهما له
ثلثا كل واحد منهما لهما ما ذكرنا ان الولد دخل في الوصية تبعا حالة
الاتصال فلا يخرج عنها بالانفصال كما في البيع والعتق ينفذ الوصية
فيهما على السواء من غير تقديم الام وله ان الام اصل والولد تبع فيبدأ
بالاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية في بعض
الاصل دون التبع بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى
الاصل دون كل الجزء بخلاف البيع لان تنفيذ البيع في التبع لا يؤدي الى
نقض الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه الا انه لا يقابله بعض الثمن صورة مقابلته
بالولد اذا اتصل به القبض ولكن الثمن تابع في البيع حتى ينعقد البيع جائزا
بدون ذكره فان كان فاسدا هذا اذا ولدت قبل القسمة فان ولدت بعد
القسمة فهو للموصى له لانه نماء خالص ملكه لتقرر ملكه فيه بعد القسمة

فصل في اعتبار حالة الوصية واذا اقر المريض

لامرأة بدين او اوصى لها بشيء او وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الاقرار
وبطلت الوصية والهبة لان الاقرار يلزم بنفسه وهي اجنبية عنه
صدوره ولهذا يعتبر من جميع المال ولا تبطل بالدين اذا كان في حالة
الصحة او في حالة المرض الا ان الثاني مؤخر عنه بخلاف الوصية لانها بالجائز

عند الموت وهي وابنه بعد ذلك ولا وصية للوارث والهبة وان كانت
منجزة صورة فهي كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت
الا ترى انها تبطل بالدين المستغرق وعند عدم الدين تعتبر من الثلث
قال واذا اقر المريض لابنه بدين وابنه نصراني او وهب له او اوصى
له فاسلم الابن قبل موته بطل ذلك كله اما الوصية والهبة فلما قلنا
انه وارث عند الموت وهما الحاقان عنده او بعده والاقرار وان كان
ملزما بنفسه ولكن سبب الارث وهو البنوة قائم وقت الاقرار فيعتبر
في ايراث تهمة الايثار بخلاف ما تقدم لان سبب الارث الزوجية وهي طارئة
حتى لو كانت الزوجية قائمة وقت الاقرار وهي نصرانية ثم اسلمت قبل
موته لا يصح الاقرار لقيام السبب حال صدوره قال وكذا لو كان
الابن عبدا او مكاتبا فاعتق لما ذكرنا وذكر في كتاب الاقرار ان لم يكن عليه
دين يصح لانه اقر لمولاه وهو اجنبي وان كان عليه دين لا يصح لانه اقر لابنه
له وهو ابنه والوصية باطلة لما ذكرنا ان المعتبر فيها وقت الموت واما
الهبة فيروى انها تصح لانها تملك في الحال وهو رقيق وفي عامة الروايات
هي في مرض الموت بمنزلة الوصية فلا تصح قال والمفلوج
والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت فهبته من جميع
المال لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طبائعه وبهذا لا يشتغل
بالتداوي ولو صار صاحب فراش بعد ذلك فهو كمرض حادث وان وهب
عند ما اصابه ذلك ومات من آيامه فهو من الثلث اذا صار صاحب فراش
لانه يخاف من الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت والله اعلم

باب العتق في مرض الموت

قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وجانى او وهب فذلك كله جائز وهو
معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية

كان

ملخصا قوله جائز والمراد الاعتبار من الثلث والضرب مع اصحاب
الوصايا وفي بعض النسخ فهو وصية كان قوله جائز والمراد الاعتبار
من الثلث والضرب مع اصحاب الوصايا لا حقيقة الوصية لانها
الحاق بعد الموت وهذا منجز غير مضاف واعتباره من الثلث لتعلق
حق الورثة به وكذلك ابتداء المريض الجابة على نفسه كالضمان
والكفالة في حكم الوصية لانه متهم فيه كما في الهبة وكل ما اوجبه بعد
الموت فهو من الثلث وان اوجبه في حال صحته اعتبارا بحال الاضافة
دون حال العقد وما نفذه من التصرف فالمعتبر فيه حال العقد فان
كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض
صح منه فهو كحال الصحة لان بالبرء تبين انه لا حق لاحد في ماله قال
فان جاني ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمجاباة اولى عند ابي حنيفة
رضي الله عنه وان اعتق ثم جاني فهما سواء وقالا العتق اولى
في المسلتين والاصل فيه ان الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث
فكل من اصحابها يضرب بجميع وصيته في الثلث لا يقدم البعض
على البعض الا العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت
الموصي كالتدبير الصحيح والمجاباة في البيع اذا وقعت في المرض
لان الوصايا قد تساوت والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق وانما قدم العتق الذي ذكرناه
آنفا لانه اقوى فانه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي واذا قدم
ذلك فما بقي من الثلث بعد ذلك يستوي فيه من سواهما من اهل الوصايا
ولا يقدم البعض على البعض لما في الخلافية ان العتق اقوى
لانه لا يلحقه الفسخ والمجاباة يلحقها ولا معتبر بالتقديم في الذكر
لانه لا يوجب التقدم في الثبوت وله ان المجاباة اقوى لانها تثبت

في ضمن عقد المعاوضة فكان تبرعا معناه لا بصيغته والاعتاق تبرع صيغة
ومعنى فاذا وجد المحاباة اولا دفع الاضعف واذا وجد العتق اولا
ثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال ابو حنيفة
رحمه الله اذا جاء لم اعتق لم جاء قسم الثلث بين المحاباتين نصفين
لتساويهما ما اصاب المحاباة الاخيرة قسم بينهما وبين العتق لان العتق مقدم
عليها فيستويان ولو اعتق لم جاء لم اعتق قسم الثلث بين العتق الاول
والمحاباة وما اصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثاني وعندهما العتق
اولى بكل حال قال ومن اوصى بان يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك
منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند ابي حنيفة رضي الله عنه وان اوصى بحجة
حج عنه بما بقي من حيث يبلغ وان لم يهلك شيء منها وبقي شيء من الحجة فرد على
الورثة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يعتق عنه بما بقي لانه اوصى بنوع
قربة فيجب تنفيذها ما امكن اعتبارا بالوصية بالحج وله انه اوصى بالعتق
لعبد يشترى بمائة وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ لغير الموصى به
وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هي حق الله سبحانه
وتعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا اوصى لرجل بمائة فهلك بعضها
بعضها يدفع الباقي اليه وقيل هذه المسألة بناء على اصل آخر مختلف فيه وهو ان
العتق حق الله سبحانه وتعالى عندهما حتى يقبل الشهادة عليه من غير
دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا يقبل البينة من غير دعوى
فاختلف المستحق وهذا اشبه قال ومن ترك ابنين في مائة درهم وعبدا
قيمته مائة درهم وقد كان اعتقه في مرضه فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء
لان العتق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية وقد وقعت باكثر
من الثلث الا انها تجوز باجازة الورثة لان الامتناع لحقهم وقد اسقطوه
ولهذا لا يسعيان عليه قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد

جنايته

جنايته ودفع بها بطلت الوصية لان الدفع فاتت لما ان
حق ولي الجناية مقدم على حق الموصى فكان في حق الموصى له بمنزلة
تلف الملك من جهته الا ان ملكه فيه باق واما بزوال بالدفع
فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الموصى
او وارثه بعد موته فان فداه الورثة كان الفداء من مالهم
لانهم هم الذين التزموا وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية
بالفداء كانه لم يجن فتنفذ الوصية قال ومن اوصى بثلث آخر
فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال
الموصى له اعتقه في الصحة وقال الوارث اعتقه في المرض فالقول قول
الوارث ولا شيء للموصى له الا ان يفضل من الثلث شيء او يقوم له
البينة ان العتق في صحته لان الموصى له يدعي استحقاق ثلث
ما بقي من التركة بعد العتق لان العتق في الصحة ليس بوصية
ولهذا ينفذ من جميع المال والوارث ينكره لان مدعاه العتق في المرض
وهو وصية والعتق في المرض مقدم على الوصية بثلث المال
فكان منكرا والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث
يضاف الى اقرب اوقاته للتيقن بها فكان الظاهر شاهدا للوارث
فيكون القول قول الوارث مع اليمين قال الا ان يفضل من الثلث
شيء على قيمة العبد لانه لا منازع له فيه او يقوم له البينة ان العتق
في الصحة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وهو خصم في اقامتها
لاثبات حقه قال ومن ترك عبدا فقال الوارث اعتقني ابوك في
الصحة وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال صدقتما فان العبد
يسعى في قيمته عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا يعتق ولا يسعى في شيء
لان الدين والعتق في الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث في كلام واحد

فصار كأنهما كانا معًا والعتق في الصحة لا يوجب السعاية وإن كان
على المعتق دين وله إن الإقرار بالدين أقوى لأنه يعتبر من جميع
المال والإقرار بالعتق في المرض يعتبر من الثلث والأقوى يندفع الأدنى
فقضيته أن يبطل العتق أصلًا إلا أنه يعتبر وقوعه لا يحتمل البطلان
فيندفع من حيث المعنى بإيجاب السعاية ولأن الدين استوثق لأنه لا مانع
له من الاستيفاء فيستند إلى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق
إلى تلك الحالة لأن الدين يمنع العتق في حالة المرض محتملًا فيجب
السعاية وعلى هذا الخلاف إذا مات الرجل وترك ألف درهم فقال
رجل لي على الميت ألف درهم دين وقال الآخر كان لي عنده ألف
درهم وديعة يعني الوديعة أقوى وعندهما سواء

فصل

قال ومن أوصى بوصايا في حقوق الله تعالى قدمت الفرائض منها
فقدم الموصى أداءها مثل الحج والزكوة والكفارات لأن الفريضة
أهم من النافلة والظاهر منه البداية بما هو الأهم وإن تساوت
في القوة يبدأ بما قدمه الموصى إذا ضاق عنها الثلث لأن الظاهر أنه
يبتدئ بالأهم وذكر الطحاوي رحمه الله أنه يبتدئ بالزكوة ويقدمها
على الحج وهو إحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله وفي رواية أنه
يقدم الحج وهو قول محمد رحمه الله وجه الأولى أنهما وإن استويا في الفرضية
فالزكوة تعلق بها حق العبد فكان أولى وجه الأخرى أن الحج يقام بالمال
والنفس والزكوة بالمال قصرًا عليه فكان الحج أقوى ثم تقدم الزكوة
والحج على الكفارات لمزيتهما عليها في القوة وقد جاء فيهما من الوعيد
ما لم يأت في الكفارات والكفارة في القتل والظهار واليمين مقدمة على
صدقة الفطر لأنها عرف وجوبها بالقرآن دون صدقة الفطر وصدقة
الفطر مقدمة على الأضحية للاتفاق على وجوبها والاختلاف في

الأضحية وعلى هذا القياس تقدم بعض الواجبات على البعض لما بينا وما
ليس بواجب فتقدم منه ما قدمه الموصي لما بينا وما ذكرنا إذا ضاق
بذلك قالوا إن الثلث يقسم على جميع الوصايا ما كان لله وما كان
للعبد فما زاحمه القرب صرف إليها على الترتيب الذي ذكرناه
ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لأنه إذا
كان المقصود بجميعها رضا الله تعالى فكل واحدة في نفسها مقصودة
فيتفرد كل مقصود وصايا الآدميين ومن أوصى بحجة الإسلام أجنبوا
عنه رجلًا من بلده يحج راكبًا لأن الواجب عليه الحج من بلده ولهذا
يصرفه من المال ما يكفيه من بلده والوصية لأداء ما هو الواجب عليه
وإنما قال راكبًا لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيًا فانصرف إليه على
الوجه الذي وجب عليه قال فإن لم يبلغ الوصية النفقة
أجنبوا عنه من حيث تبلغ وفي القياس لا يحج عنه لأنه أمر بالحج على
صفة عدمناها غير أنا جوزناه لأنا نعلم أن الموصي قصد تنفيذ
الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن والممكن فيه ما ذكرناه وهو أولى
من إبطالها رأسًا وقد فرقنا بين هذا وبين الوصية بالعتق من قبل
قال ومن خرج من بلده حاجًا فمات في الطريق فأوصى أن يحج عنه
يحج عنه من بلده عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر رحمه الله وقال
أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يحج عنه من حيث بلغ استحسانًا وعلى
هذا الخلاف إذا مات الحاج من غير في الطريق لهما أن السفر
نية الحج وقد وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بعذره وقد
وقع أجره على الله فيبعث من ذلك المكان كأنه من أهله بخلاف سفر
التجارة لأنه لم يقع قربة فيحج عنه من بلده وله أن الوصية تنصرف
إلى الحج من بلده على ما قررناه أداء للواجب على الوجه الذي وجب

باب الوصية للاقارب وغيرهم

قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون عند ابي حنيفة رحمه الله
وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله هم الملاصقون وغيرهم ممن يسكن
محلة الموصي ويجمعهم مسجد المحلة وهذا استحسان وقوله قياس لان
الجار من الجوار وهو الملاصقة حقيقة ولهذا يستحق الشفعة
بهذا الجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع يصرف الى اخص
الخصوص وهو الملاصق وجه الاستحسان ان هؤلاء يسمون
كلهم جيرانا عرفا وقد تأيد بقوله عليه السلام لا صلوة لجار المسجد الا
في المسجد وفسره بكل من سمع النداء ولان المقصد بر الجيران
واستجابته بانتظام الملاصق وغيره الا انه لا بد من الاختلاط وذلك
عند اتحاد المسجد وما قاله الشافعي رحمه الله عليه الجوار الى
اربعين دارا بعيد وما يروى فيه ضعيف قال والوا ويستوي فيه الساكن
والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان اسم الجار يتناولهم ويدخل
فيه العبد الساكن عندنا مطلقا ولا يدخل عندهما لان الوصية
له وصية لمولاه وهو غير ساكن قال ومن اوصى لاصهاره
فالوصية لكل ذي رحم محرم من امرأته لما روي انه عليه السلام لما تزوج
صفية اعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون
اصهار النبي عليه السلام وهذا التفسير اختيار محمد والي عبيدة رحمهما الله
وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة ابيه وزوجة ابنه وزوجة
كل ذي رحم محرم منه لان الكل اصهاره ولو مات الموصي والمرأة
في نكاحه او في عدة من طلاق رجعي فالصهر يستحق الوصية وان كانت
في عدة من طلاق بائن لا يستحقها لان بقاء الصهرية ببقاء النكاح وهو
شرط وقت الموت قال ومن اوصى لاخواله فالوصية لزوج كل ذات ذي رحم

رحم محرم منه وكذا بجارم الا زوج لان الكل يسمى خئولا فعلى هذا
يدخل فيهم ويدخل فيهم الا تناول الا ازواج المحارم ويستوي فيه الجار
والبعيد والاقرب في الاصح لان اللفظ يتناول الكل قال ومن
اوصى لاقربائه فهي للاقرب فالاقرب من كل ذي رحم محرم منه ولا
يدخل فيه الوالدان والولد ويكون للاثنين فصاعدا وهذا
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال صاحباه الكل من نسب الى اقصى اب له
في الاسلام وهو اول اب اسلم او اول اب ادرك الاسلام وان
لم يسلم على حسب ما اختلف فيه المشايخ رحمهم الله وفائدة الاختلاف
تظهر في اولاد ابي طالب فانه ادرك الاسلام ولم يسلم ولهما
ان القرب مستق من القرابة فيكون اسما لمن قامت به فينتظم
حقيقة مواضع الخلاف وله ان الوصية اخت الميراث وفي الميراث
يعتبر الاقرب فالاقرب والمراد بالجمع المذكور فيه اثنان وكذا في
الوصية والمقصود من هذه الوصية تلافي ما فرط في اقامة واجب الصلة
وهو مختص بذي الرحم المحرم منه ولا يدخل فيه قرابة الولاد فانهم لا
يسمون اقرباء ومن سمى والديه قريبا كان منه عقوقا وهذا لان القريب في
عرف اللسان من يتقرب الى غيره بوسيلة غيره ويقرب الولد والوالد
بنفسه لا بغيره ولا نعتبر بظاهر اللفظ تعالى انعقاد الاجماع على
تركه فان عند ابي حنيفة رحمه الله يتقيد بما ذكرناه وعندهما باقصى
اب في الاسلام وعند الشافعي رحمه الله بالاب الادنى قال واذا
اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعمته عند ابي حنيفة رحمه الله
اعتبارا للاب قربا في الارث وعندهما بينهم ارباعا لانهما لا يعتبران الاقرب
ولو ترك عما وخالين فللعم نصف الوصية والنصف الخالين لانه لا بد من
اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان في الوصية كما في الميراث بخلاف ما اذا

او وصى لذى قرابته حيث يكون للعم كل الوصية لان اللفظ للفرد
فيحرز الواحد كلها اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد فله نصف
الثلث لما بيناه ولو ترك عما وعمة وخالا وخالة فالوصية للعم والعمة
بينهما بالتسوية لاستواء قرابتهما وهما اقوى والخمسة ولان لم تكن وارثة
فهى مستحقة للوصية كما لو كان القرب رقيقا او كافرا وكذا اذا
اوصى لاقوى قرابته او لاقرب قرابته او لانسابه فى جميع ما ذكرنا لان كل
ذلك لفظ جمع ولو انعدم الجمع بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا
قال ومن اوصى لاهل فلان فهى على زوجته عند ابى حنيفة رحمه الله
وقالا يتناول كل من يعولهم ويضمنهم نفقته اعتبارا للعرف وهو مؤيد
بالنص قال الله تعالى وانونى باهلكم اجمعين وله ان اسم الاهل حقيقة فى الزوجة
يشهد بذلك قوله تعالى وسار باهله ومنه قولهم تاهل بلدة كذا والمطلق
ينصرف الى الحقيقة ولو اوصى لآل فلان فهو لاهل بيته لان الآل القبيلة التى
ينسب اليها ولو اوصى لاهل بيت فلان يدخل فيه ابوه وجده لان الاب
اصل البيت ولو اوصى لاهل نسبه او لجنسه فالنسب يختص بابائه عمن ينسب اليه
والنسب يكون من جهة الآباء وجنسه اهل بيت ابيه دون امه لان الانسان
يتجنس بابيه بخلاف قرابته حيث يكون من جانب الاب والام ولو اوصى لايتام
بنى فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا قوما يحصون
دخل فى الوصية فقراؤهم واغنياؤهم ذكرهم وانثاهم لانه امكن تحقق التمليك
فى حقهم والوصية تمليك وان كانوا لا يحصون فالوصية للفقراء منهم
لان المقصود من الوصية القربة وهى فى سد الخلة ودفع الحوجة وهذه
الاسامى تشعر بتحقق الحاجة فجاز حمله على الفقراء بخلاف اوصى لايتام
بنى فلان وهم لا يحصون او لايامى بنى فلان وهم لا يحصون حيث تبطل
لانه ليس فى اللفظ ما ينبئ عن الحاجة فلا يمكن صرفه الى الفقراء ولا يمكن

تصحيحه تمليكا فى حق الكل للجهالة المتفاحشة وتعذر الصرف اليهم
وفى الوصية للفقراء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا للمعنى
الجمع واقله اثنان فى الوصايا على ما مر ومن اوصى لبنى فلان يدخل فيه الاناث
فى قول ابى حنيفة رحمه الله اولا وهو قولهما لان جمع الذكور يتناول الاناث
ثم رجع وقال يتناول الذكور خاصة لان حقيقة الاسم للذكور واستعماله
الاناث تجوز والكلام لحقيقته بخلاف ما اذا كان بنى فلان اسم قبيلة او
محلة من حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس يراد بها اعيانهم اذ هو
مجرد الانتساب لبنى آدم ولهذا يدخل فيه مولى العتاقة والموالاة و
حلفاؤهم قال ومن اوصى لولد فلان فالوصية بينهم والذكر
والانثى سواء لان اسم الولد يسطم الكل انتظاما واحدا ومن اوصى
لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لانه نص على
لفظ الورثة اذ ذلك بان قصد به التفضيل كما فى الميراث ومن
اوصى لمواليه وله موالى اعتقهم وموالى اعتقوه فالوصية باطلة
وقال الشافعى رحمه الله فى بعض كتبه ان الوصية لهم جميعا وذكر
فى موضع آخر انه توقف حتى يصطلحوا له ان الاسم يتناولهم لان كلا
منهم يسمى مولى فصار كالاخوة ولنا ان الجهة مختلفة لان احدهما مولى
النعمة والآخر منعم عليه فصار مشتركا فلا ينتظمهما لفظ واحد فى
موضع الاثبات بخلاف ما اذا حلف لا يكلم موالى فلان حيث يتناول الاعلى
والاسفل لانه مقام النفى ولا تنافى فيه ويدخل فى هذه الوصية من
اعتقه فى المرض ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده لان عتق هؤلاء
ثبت بعد الموت والوصية يضاف الى حالة الموت فلا بد من تحقق الاسم
قبله وعن ابى يوسف رحمه الله انهم يدخلون لان سبب الاستحقاق لازم و
يدخل فيه عبده قال لمولاه ان لم اضربك فانت حر لان العتق يثبت قبل

الموت عند تحقق عجزه ولو كان له موالي وأولاد الموالي وموالي
الموالاة يدخل فيها معتقوه وأولادهم دون موالي الموالاة وعن أبي
يوسف رحمه الله أنهم يدخلون أيضا والكل شركاء لأن الأبناء لهم على
السواء ومحمد رحمه الله يقول الجهة مختلفة في المعتق لإنعام وفي الموالي
عقد الالتزام والاعتاق لازم فكان الاسم له أحق ولا يدخل فيه
موالي الموالي لأنهم موالي غيره حقيقة بخلاف موالي أبيه وأو
لادهم لأنهم ينسبون إليه باعتاق وجده وبخلافه إذا لم يكن له
موالي وأولاد المولى لأن اللفظ لهم مجاز فينصرف إليه عند تعذر
اعتبار الحقيقة ولو كان له معتق واحد وموالي المولى فالنصف
لمعتقه والباقي للورثة لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز ولا يدخل فيهم
مولى المعتق لأنه ابنه أو أبوه لأنهم ليسوا بموالي له لا حقيقة ولا مجازا
وأما الجر فغير أنهم بالعصوبة بخلاف معتق البعض لأنه ينسب إليه
بالولاء والله أعلم

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

قال ويجوز الوصية بخدمة عبده وبسكنى
داره سنين معلومة ويجوز بذلك أبدا لأن المنافع تصلح تمليكها في
حالة الحيوة بدل أو بغير بدل فكذا بعد الموت لحاجته كما في الأعيان
ويكون محبوسا على ملك في حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه
كما يستوفي الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز موقتا
ومؤبدا كما في العارية فإنها تملك المنافع على أصلنا بخلاف الميراث
لأنه خلافة فيما يتملكه المورث وذلك على عين تبقى والمنفعة عرض لا يبقى
وكذا الوصية بغلة العبد والدار لأنه بدل المنفعة فأخذ حكمها
والمعنى يشملهما قال فإن خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم إليه
ليخدمه لأن حق الموصى له في الثلث لا يزاحمه الورثة وإن كان لا مال له

غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما لأن حقه في الثلث وحقهم
في الثلثين كالوصية في العين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لأنه
لا يتجزى فصرنا إلى المهايأة إيفاء للحقين بخلاف الوصية بسكنى
الدار إذا كان لا يخرج من الثلث حيث تقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع
لأنه يمكن القسمة بالأجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا
وفي المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من
حيث الزمان يجوز أيضا لأن الحق لهم إلا أن الأول وهو العدل
أولى وليس للورثة أن يبيعوا ما في أيديهم من ثلثي الدار وعن أبي
يوسف رحمه الله أن لهم ذلك لأنه خالص ملكهم وجه الظاهر أن حق
الموصى له ثابت في سكنى جميع الدار إلا أن ظهر للميت مال آخر ويخرج
الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما في أيديهم إذا ضرب ما في يده
والبيع يتضمن إبطال ذلك فيمنعوا عنه قال فإن كان مات
الموصى له عاد إلى الورثة لأن الموصى أوجب الحق للموصى له
ليستوفي المنافع على حكم ملكه فلو انتقل إلى وارث الموصى له استحقها
ابتداء من ملك الموصى من غير مرضاته وذلك لا يجوز قال
ولو مات الموصى له في حيوة الموصى بطلت الوصية لأن الحاجة تتعلق
بالموت على ما بيناه من قبل قال ولو أوصى بغلة عبده أو داره
فاستخدمه بنفسه أو سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك لأن قيمة المنافع
كعينها في تحصيل المقصود والأصح أنه لا يجوز للمزاحمة الغلة دراهم
أو دنانير وقد وجبت الوصية بها وهذا استيفاء المنافع وهما
متغايران ويتفاوتان في حق الورثة فإنه لو ظهر دين يمكنهم إداؤه
من الغلة بالاسترداد منه بعد استغلالها ولا يمكنهم من المنافع
بعد استيفائها بعينها وليس للموصى له بالخدمة والسكنى أن يؤاجر

العبد او التدبير والاسافعي رحمه الله له ذلك لانه بالوصية ملك المنفعة فيملك
تمليكها من غيره بدل وغير بدل لانها كالاعيان عنده بخلاف العارية لانه اباحة
على اصله وليس بتمليك ولنا ان الوصية تمليك بغير بدل مضاف الى ما بعد
الموت فلا يملك تمليكه بدل الاعتبار بالاعارة فانها تمليك بغير بدل في حال
الحيوة على اصلنا ولا يملك المستعير الاعارة لانها تمليك بدل كذا هذا و
تحقيقه ان التمليك بدل لازم وبغير بدل غير لازم ولا يملك الاقوى بالاضعف
والاكثر بالاقل والوصية تبرع غير لازم الا ان الرجوع للمتبرع لا لغيره و
المتبرع بعد الموت لا يمكنه الرجوع فلهذا انقطع ما هو في وضعه غير لازم
ولان المنفعة تثبت مالا على اصلنا وفي تمليكها بالمال احداث صفة المالية
فيها تحقيقا للمساواة في عقد المعاوضة وانما تثبت هذه الولاية لمن يملكها
تبعا لملك الرقبة او لمن يملكها بعقد المعاوضة حتى يكون مملكا لها بالصفة
التي يملكها اما اذا ملكها مقصودة بغير عوض ثم ملكها بعوض كان
مملكا اكثر مما يملكه معنى وهذا لا يجوز وليس للموصى له ان يخرج العبد من
الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله من غير الكوفة فيخرجه الى اهله
للخدمة هناك اذا كان يخرج من الثلث لان الوصية انما تنفذ على ما يعرف
من مقصود الموصي فاذا كانوا في مصر فمقصوده ان يمكنه من خدمته
فيه بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا كانوا في غير مصره فمقصوده ان يحمل
العبد الى اهله ليخدمهم ولو اوصى بغلة عبده او بغلة داره يجوز ايضا
لانه بدل المنفعة واخذ حكم المنفعة في جواز الوصية به كيف وانه عين حقيقة
لانه دراهم او دنانير فكان بالجواز اولى ولو لم يكن له مال غيره كان له ثلث
غلة تلك السنة لانه عين مال يحتمل القسمة بالاجزاء فلو اراد الموصى له
قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن له ذلك الا
في رواية عن ابي يوسف رحمه الله فانه يقول الموصى له شريك الوارث والشريك

ذلك

ذلك فكذا الموصى له الا انا نقول المطالبة بالقسمة يبتنى على ثبوت الحق
للموصى له فيما يلاقيه القسمة ادعوا الطالب ولا حق له في عين الدار وانما
حقه في الغلة فلا يملك المطالبة بقسمة الدار ولو اوصى له بخدمة عبده و
آخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب الرقبة والخدمة عليها لصاحب
الخدمة لانه اوجب لكل واحد منهما شيئا معلوما عطفا عليه لاحدهما على
الآخر فيعتبر هذا في الحال بحاله الانفراد ثم لما صحت الوصية لصاحب الخدمة
فلو لم توجب في الرقبة شيئا لصارت الرقبة ميراثا للورثة مع كون الخدمة
للموصى له فكذا اذا اوصى بالرقبة لانسان آخر اذ الوصية اخت الميراث
من حيث ان الملك فيهما يثبت بعد الموت ولهما نظائر وهو ما اذا اوصى
بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى لرجل بالخاتم ولآخر
بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما اوصى
ولاي لصاحب الظرف في المظروف في هذه المسائل كلها اما اذا فصل احد
الايجابين عن الآخر فيها فكذلك الجواب عند ابي يوسف رحمه الله وعلى قول محمد
رحمه الله الامة للموصى له بها والولد بينهما نصفان وكذلك في اخواتها الا ان
ابي يوسف رحمه الله ان بالجابه في الكلام الثاني تبين ان مراده من الكلام الاول
الجاب الامة للموصى له بها دون الولد وهذا البيان منه صحيح وان مفصولا
لان الوصية لا تلزم ثبوتا في حال حيوة الموصي فكان البيان المفصول فيه
والموصول سواء كما في وصية الرقبة والخدمة ولمحمد رحمه الله ان اسم الخاتم
يتناول الحلقة والفص وكذا اسم الجارية يتناول لها وما في بطنها واسم القوصرة
كذلك ومن اصلنا ان العام الذي موجبه ثبوت الحكم على سبيل الاحاطة محتملة
للخاص فقد اجتمع في الفص وصيتان وكل منهما لو صحت بالجاب على حدة
فيجعل الفص بينهما نصفين ولا يكون ايجاب الوصية من الثاني رجوعا
عن الاول كما اذا اوصى بالخاتم للثاني بخلاف الخدمة مع الرقبة لان اسم الرقبة لا

٢٩٣

تتناول الخدمة وانما يستخدمه الموصى له بحكم ان المنفعة حصلت على ملكه فاذا
اوجب الخدمة لغيره لا يبقى للموصى له فيه حق بخلاف ما اذا كان الكلام
موصولا لان ذلك دليل التخصيص او الاستثناء فتبين انه اوجب لصاحب
الخاتم الحلقة خاصة دون الفص قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ثم
مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني
ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة
بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل والفرق ان الغلة اسم
الثمرة اسم للموجود عرفا فلا تتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل
التنصيص على الابد لانه لا يثبت الا بتناول المعدوم والمعدوم
ملكوب وان لم يكن شيئا اما الغلة تنتظم الموجود وما يكون بعرض
الوجود مرة بعد اخرى عرفا يقال فلان ياكل من غلة بستانه ومن
غلة ارضه ودابته فاذا اطلقت تناولها عرفا غير موقوف على دلالة
اخرى لها الثمرة اذا اطلقت لا تراد بها الا الموجود فلهذا افتقر
الانصراف الى الحد الى دليل زائد قال ومن اوصى لرجل بصوف غنمه ابدا
او باولادها او بلبنها ثم مات وله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها
من اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصى سواء قال
ابدا او لم يقل لانه عند الموت يعتبر قيام هذه الاشياء يومئذ وهذا
بخلاف ما تقدم والفرق ان القياس يأبى تمليك المعدوم لانه لا يقبل
الملك الا ان الثمرة والغلة المعدومة جاء الشرع بورود العقد
عليهما كالمعاملة والاجارة فاقتضى ذلك جوازه في الوصية بطريق
الاولى لان بابها اوسع اما الولد المعدوم واختيان فلا يجوز
ايراد العقد عليهما اصلا ولا يستحق بعقد ما فكذا لا يدخل تحت
الوصية بخلاف الموجود منها لانه يجوز استحقاقها بعقد البيع

تبعا ويعقد الخلع مقصودا فكذا بالوصية

باب وصية الذمي

وان اوصى ذمي لذمي بيعة او كنيسة
في حجته ثم مات فهو ميراث لان هذا بمنزلة الوقف عند ابي حنيفة رحمه الله
والوقف عنده يورث ولا يلزم فكذا هذا واما عندهما فلان هذه معصية
فلا تصح عندهما قال ومن اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث معناه
ان اوصى لذمي بان يبني له بيعة او كنيسة وهو جائز من الثلث لان الوصية
فيها معنى الاستخلاف في معنى التمليك وله ولاية ذلك فامكن تصحيحه
على اعتبار المعنيين قال ولو اوصى بان يبنى كنيسة لقوم غير
مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله
الوصية باطلة لان هذه معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة
والوصية بالمعصية باطلة لما في تنفيذها من تقرير المعصية وله
ان هذه قربة في معتقدهم ونحن امرنا بان نتركهم وما يعتقدون فيجوز
بناء على اعتقادهم الا ترى انه لو اوصى بما هو قربة حقيقة معصية في
معتقدهم لا يجوز الوصية اعتبارا لاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق
لابي حنيفة رحمه الله بين بناء البيعة والكنيسة وبين الوصية به ان
البناء نفسه ليس بسبب لزوال ملك الباني وانما يزول ملكه بان
يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم يصر
محررا لله تعالى حتى بقي ملكا للباني فيورث عنه ولانهم يبنون فيها المحرابات
ويسكنونها فلم يتحرر لتعلق حق العباد به وفي هذه الصورة يورث
المسجد ايضا لعدم تحرره بخلاف الوصية لانه وضع لازالة الملك الا انه
امتنع ثبوت مقتضاه في غير ما هو قربة عندهم فبقي فيما هو قربة على مقتضاه
فيزول ملكه فلا يورث ثم الجائز ان وصايا الذمي على اربعة اقسام منها
ان يكون قربة في معتقدهم ولا يكون قربة في حقنا وهو ما ذكرناه وكذا اذا اوصى

الذمي بان يذبح خنازيره ويضرب المشركون وهذه على الخلاف اذا كان القوم
غير مستأمنين كما ذكرناه والوجه ما بيناه ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في
حقنا ولا يكون قربة في معتقدهم كما اذا اوصى بالحج او بان يبني مسجدا للمسلمين
او بان يسرج في مساجد المسلمين وهذه الوصية باطلة بالاجماع اعتبارا
لاعتقادهم الا اذا كان لقوم باعيانهم لوقوعه تمليكا لانهم معلومون
والجهة مشروعة ومنها اذا اوصى بما يكون قربة في حقنا وفي حقهم كما اذا
اوصى بان يسرج في بيت المقدس او يغزى الترك وهو من الروم وهذا جائز
سواء كان لقوم باعيانهم او بغير اعيانهم لانه وصية بما هو قربة حقيقة
وفي معتقدهم ايضا ومنها اذا اوصى بما لا يكون قربة لا في حقنا ولا في حقهم
كما اذا اوصى للمغنيات والنائحات فان هذا غير جائز لانه معصية في حقنا
وفي حقهم الا ان يكون لقوم باعيانهم فيصح تمليكا واستخلافا وصاحب
الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لان امره مبني على الاحكام
على الظاهر وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته
بين ابي حنيفة وصاحبيه رحمهم الله وفي المرتد لانه يقتل او يسلم قال ولو اذا
دخل الحربي دارنا بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز لان امتناع الوصية
بما زاد على الثلث لحق الورثة في دار الحرب ادمي اموات في حقنا ولان حرمة ماله
باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته ولو كان اوصى باقل من ذلك لجهتهم
اخذت الوصية وبقي الباقي على ورثته وكذلك من حق المستأمن ايضا ولو اعتق
عبده عند الموت او دبر عبده في دار الاسلام بذلك صح منه من غير اعتبار
الثلث لما بينا ولذا لو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز لانه ما دام في
دار الاسلام فهو في المعاملات بمنزلة الذمي ولهذا تصح عقود التمليكات
منه في حال حياته وتصح تبرعه في حياته فكذا بعد مماته وعن ابي حنيفة وابي
يوسف رحمهما الله انه لا يجوز لانه من اهل الحرب اذ هو على قصد الرجوع منه

وعكس منه ولا يمكن من زيادة المفاخر على السنة الا بالجهة قال ولو اوصى الذمي
بالثلث او لبعض ورثته لا يجوز اعتبارا بالمسلمين لانهم التزموا
احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو اوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا
بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو اوصى لحربي في دار الاسلام لا يجوز
لان الارث يمتنع لتباين الدارين والوصية اخته

باب الوصي وما يملكه

قال ومن اوصى الى رجل فقبل الوصي في وجهه
علم الموصي وردها في غير وجهه فليس برد لان الميت مضى لسبيله بعقد
عليه فلو صح رده في غير وجهه في حيوته او بعد مماته صار مغرورا
من جهته فيرد رده بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او بيع
قال حسن يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنا كما لانه حق قرر
على التصرف في نفسه قال وان ردها في وجهه فهو رد لانه
ليس للموصي ولاية الزامه التصرف ولا عرو رفعه لانه يمكنه ان يثبت
غيره فان لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل
وان شاء لم يقبل لان للموصي ليس له ولاية الالزام فبقي مخيرا فلو
انه باع شيئا من تركته فقد لزمه لان ذلك دلالة الايجاب والقبول
وهو معتبر بعد الموت في نفذ البيع لصدوره من الموصي وسواء
علم بالوصاية او لم يعلم بخلاف الوكيل اذا لم يعلم بالتوكيل فباع
حيث لا ينفذ لان الوصاية خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية
الميت فتتولى خلافة لانه يختص بحال انقطاع ولاية الميت الولاية
اليه واذا كانت خلافة لا تتوقف على العلم كالوراثة اما التوكيل فانابة
لثبوته في حال قيام ولاية الميت فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع
والشراء وقد بينا طريق العلم وشرط الاخبار فيه فيما تقدم من الكتب فان لم
يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك لان لم يمض القاضي

اخرجه حين قال لا اقبل لان مجرد قوله لا يبطل الا بصالح في ابطاله
ضررا بالميت وضرر الوصي في الابقاء محجور بالثواب ودفع الاولى
وهو اعلى اولى الا ان القاضي اذا اخرجه عن الوصاية بعد ذلك
لانه مجتهد فيه اذ للقاضي ولاية دفع الضرر عنه وربما يعجز عن ذلك
فيصير ابقاء الوصاية فيدفع القاضي الضرر عنه وينصب
حافظا لمال الميت متفرغا فيه فيندفع الضرر من الجانبين فلهذا
ينفذ اخراجه فلو قال بعد اخراج القاضي اياه اقبل لم يلتفت
اليه لانه قبل بعد بطلان الوصاية بابطال القاضي قال
ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية
ونصب غيرهم وهذا اللفظ يشير الى صحة الوصية لان الاخراج
يكون بعدها وذكر محمد رحمه الله في الاصل ان الوصية باطلة قيل
معناه في جميع هذه الصور ان الوصية ستبطل وقيل في العبد
معناه باطل حقيقة لعدم ولايته واستبداد مولاه غيره معناه
ستبطل وقيل في باطل ايضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة
ثم الاخراج ان اصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية القا
على اصلنا وولاية الكافر في الجملة الا انه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد
على اجازة المولى وتمكنه من الحجر بعدها والمجاهرة الدينية الباعثة
للكافر على ترك النظر في حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجه
القاضي من الوصاية ويقيم غيره مقامه اتماما للنظر وشرط في الاصل
ان يكون الفاسق مخوفا عليه في المال وهذا يصلح عذرا في اخراجه
وتبديله بغيره قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار
لم تصح الوصية لان للكبير ان يمنعه او يبيع نصيبه فيمنعه المشتري
فيعجز عن الوفاء بحق الوصاية فلا تفيد فائدته وان كانوا صغارا كلام

فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة رحمه الله ولا تجوز عندهما وهو القياس
وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله مضطرب يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي
يوسف رحمهما الله وجه القياس ان الولاية منعدمة لما ان الرق
ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع
ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزى في اعتبار هذه الجزئية لانه
لا يملك سلب رقبته وهذا نقص الموضوع وله انه مخاطب مستبد بالتصرف
فيكون اهلا للوصاية وليس الحر ولاية وان الصغار وان كانوا
ملاكا ليس لهم ولاية المنع فلا منافاة وايصاء المولى اليه يوجب كونه
ناظرا لهم وصار كالمكاتب والوصاية قد تجري على ما هو المروي عن ابي حنيفة
رحمه الله او نقول ايصاء الله كيلا يؤدي الى ابطال الاصل وتعيين
الوصف ليصح الاصل اولى قال ومن عجز عن القيام بالوصية
ضم الله القاضي غيره رعاية لحق الموصي والورثة وهذا لان تكميل
النظر يحصل بضم الاخر اليه لصيانته وبعض كفايته فيتم النظر
باعانة غيره ولو شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف الاحتمال
لان الشاكي قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر عند القاضي
عجزه اصلا استبدل به رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف
امينا فيه ليس للقاضي ان يخرجه لانه لو اختار غيره كان دونه لما انه
مختار الميت ومرضيه وابقاؤه اولى ولهذا قدم على ابي الميت مع وفور
شفقته فاولى ان يقدم على غيره وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي
الى القاضي فانه لا يملك له ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استحق
الولاية من الميت غير انه اذا ظهرت الخيانة فالميت انما نصبه وصيا
لحياته وقد فات ولو كان في الاحياء لاخرجه منها وعند عجزه ينوب القاضي
منابه كانه لا وصي له قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما

لا يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لصاحبه الا في اشياء معدودة
بينها ان شاء الله تعالى وقال ابو يوسف رحمه الله ينفرد كل منهما بالتصرف
في جميع الاشياء لان الوصاية سببها الولاية وهي وصف شرعي لا تتجزى
فيثبت لكل منهما كملا كولاية النكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة
وانما يتحقق اذا اسندت الولاية اليه على الوجه الذي كان ثابتا للموصي
وقد كان يوصف الكمال ولان اختيار الاب اياهما يؤذن باختصاص
كل واحد منهما بالشفقة فنزل ذلك منزلة قرابة كل واحد منهما ولهما ان
الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع
اذ هو شرط مفيد وما رضي للموصي الا بالمثنى وليس الواحد كالمثنى
بخلاف الاخوين في النكاح لان السبب هناك القرابة وقد قامت بكل منهما في هذا
كملا ولان النكاح حق مستحق لهما على الولي حتى لو طالبته بانكاحها
كفو تخطبها يجب عليه وهنا حق التصرف للموصي ولهذا بقي مخيرا في
التصرف ففي الاول اذا كان حقا على صاحبه فيصح وفي الثاني استوفى
حقا لصاحبه فلا يصح اصله الدين الذي عليهما ولهما الخلاف في الاشياء
المعدودة لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية ومواضع الضرورة
مستثناة ابدا وهي ما استثناه في الكتاب واخواتها والشراء
الكفن وتجهيزه لان في التاخير فساد الميت ولهذا ملكه الجيران
والرفقاء في الطريق عند ذلك وطعام الصغار وكسوتهم لانه يخاف
موتهم جوعا وعريا ورد الوديعة بعينها ورد المغصوب والمشتري
شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون لانها ليست من باب الولاية
فانه يملكه المالك وصاحب الدين اذا ظفر بجنس حقه وحفظ المال يملكه
من يقع في يده فكان من باب الاعانة ولانه لا يحتاج فيه الى الراي وتنفيذ وصيته
بعينها وعتق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والخصومة في حقوق

الميت لان الاجتماع فيها متعذر ولهذا ينفرد احد الوكيلين وقبول الهبة
لان في التاخير خيفة الفوات ولانه يملكه الام والاخ في حجره فلم
يكن من باب الولاية وبيع ما يخشى عليه التوى والتالف لان فيه ضرورة
لا يخفى وجمع الاموال الضائعة لان في التاخير خشية الفوات
ولانه يملكه كل من وقع في يده فلم يكن من باب الولاية والبيع في الحاج
الصغير وليس له احد من الوصيين ان يبيع او يتقاضى فالمراد
بالتقاضي الاقتضاء كذا كان المراد منه في غير هذا وهذا لانه رضي بانها
جميعا في القبض ولانه في معنى البدل لا سيما عند اختلاف الجنس
على ما عرف فكان من باب الولاية ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد
قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بمنزلة الوكيلين اذا وكل كل
واحد على الانفراد وهذا لانه لما افرد فقد رضي برأي الواحد
قيل الخلاف في الفصلين واحد لان وجوب الوصية عند الموت
بخلاف الوكيلين لان الوكالة تتعاقب فان مات احدهما جعل
القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فلان الباقي عاجز عن التفرد
بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا آخر نظرا للميت عند عجزه وعند
ابي يوسف رحمه الله للحي منهما وان كان يقدر على التصرف والموصي
قصد ان يخلفه متصرفان في حقوقه وذلك ممكن بتحقيق نصب
وصي آخر مكان الميت ولان الميت منهما اوصى الى الحي فللحي ان يتصرف
وجده في ظاهر الرواية بمنزلة ما اذا اوصى الى شخص آخر ولا يحتاج
القاضي الى نصب وصي آخر لان رأي الميت باق حكما برأي من يخلفه
وعن ابي حنيفة رحمه الله انه لا ينفرد بالتصرف لان الموصي ما رضي بتصرفه
وحده بخلاف ما اذا اوصى الى غيره لانه بعد تصرفه برأي المثنى كما رضيه
المتوفى واذا مات الوصي او اوصى الى آخر فهو وصيه في تركته وتركة

الميت الاول عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة
الاول اعتبارا بالتوكيل حالة الحياة والجامع انه رضي برأيه لا برأي
غيره ولنا ان الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره
كالجد الاب لان الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي
في المال والى الجد في النفس ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه
كذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية
وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته فيهما
ولانه لما استجاز به في حال حياته علم انه يعتريه المنية قبل تتميم
مقصوده وهو تلافي ما فرط منه صار راضيا بايصائه الى غيره
بخلاف الوكيل لان الموكل حي يمكنه ان يحصل مقصوده بنفسه
ولا يرضى بتوكيل غيره والايصاء اليه قال ومقاسمة الوصي
الموصى له باطلة لان الوارث خليفة الميت حتى يرد ما لعيب ويرد
عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث والوصي خليفة الميت ايضا
فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فصحت قسمته عليه حتى
لو حضر وقد هلك ما في يد الوصي ليس له ان يشارك الموصى له
اما الموصى له ليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب
جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير مغرورا بشراء
الوصي فلا يكون الوصي خليفة عنه عند غيبته حتى لو هلك ما في يد الوصي
له عند الوصي كان له ثلثه بقي لان القسمة لم تنفذ عليه غير ان
الوصي لا يضمن لانه امين فيه وله ولاية الحفظ في التركة فصار
كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقي لان الموصى
له شريك الوارث فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة ويبقى ما بقي
على الشركة قال فان قاسم الورثة واخذ نصيب الموصى له فضاع رجع

رجع الموصى له بثلث ما بقي لما بينا قال وان كان اوصى للميت بحجة
فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن الميت من ثلث ما بقي وكذلك ان دفعه
الى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال ابو يوسف رحمه الله ان كان استعملوا
الثلث لم يرجع بشيء وان لم يرجع بتمام الثلث وقال محمد رحمه الله لا يرجع
بشيء لان القسمة حق الموصى ولو اقر الموصى بنفسه مالا لم يحج عنه
فهلك لا يلزمه شيء وبطلت الوصية وكذا اذا اقر ورثته وصيته الذي
قام مقامه ولابي يوسف رحمه الله ان محل الوصية الثلث فيجب تنفيذها
فيما بقي محلها واذا لم يبق بطلت لفوات محلها ولابي حنيفة رحمه الله ان
القسمة لا تراد لذاتها بل لمقصودها وهو تأدية الحج فلم تعتبر
دونه وصار كما اذا هلك قبل القسمة فيحج بثلث ما بقي ولان تمامها
بالتسليم الى الجهة المسماة اذ لا قابض لها فاذا لم ينصرف الى ذلك
الوجه لم يتم فصار كهلاكه قبلها قال ومن اوصى بثلث الف درهم
فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غائب فقسمه جاز
لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير
الوصية ميراثا لورثته والقاضي نصب ناظرا لا سيما في حق الموتى
والغيب ومن النظر افراز نصيب الغائب وقبضه فتنفذ كما وصح
حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض لم يكن له على الورثة سبيل
قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء
وهو جائز لان الوصي قائم مقام الموصى ولو تولى حيا بنفسه
جاز بيعه بغير محضر من الغرماء وان كان في مرض موته فكذا اذا تولاه
من قام مقامه وهذا لان الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصورة والبيع
لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المديون لان
للغرماء حق الاستسعاء اما هنا بخلافه قال ومن اوصى بان يباع

عبده وتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع
الثمن في يده واستحق العبد ضمن الوصي لانه هو العاقد فيكون
العهدة عليه وهذا عهده لان المشتري منه ما رضي ببذل الثمن
الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد اخذ الوصي البائع مال الغير
بغير رضاه فيجب عليه رده قال ويرجع فيما ترك الميت لانه
عامل له فيرجع عليه كالوكيل وكان ابو حنيفة رحمه الله يقول لا
يرجع لانه ضمن بقبضه ثم يرجع الى ما ذكرنا ويرجع في جميع التركة
وعن محمد رحمه الله انه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية
واخذ حكمها ومحل الوصية الثلث وجه الظاهر انه يرجع عليه
بحكم الغرور وقد كان دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف
القاضي او امينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامه
القاضي تعطيل القضاء اذ ابتحامي عن تقلد هذه الامانة جزاء
عن لزوم الغرامة فيتعطل مصلحة العامة وامينه سفير عنه
كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقد مر في كتاب
القضاء وان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما اذا
كان على الميت دين آخر قال واذا قسم الوصي الميراث فاصاب
صغير من الورثة عبد باعه وقبض الثمن فهلك ثم استحق العبد
رجع في مال الصغير لانه عامل له ويرجع الصغير على الورثة بحصته
لانتقاض القسمة باستحقاق ما اصابه قال واذا احتال الوصي
مال اليتيم فان كان خيرا لليتيم جاز وهو ان يكون املاء اذ الولاية
نظرية وان كان الاول املى لا يجوز لانه تضييع مال الميت على
بعض الوجوه قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما يتغابن الناس
في مثله لانه لا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز

عنه

عنه ففي اعتباره انسداد بابه والصبي المأذون والعبد المأذون
والمكاتب يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة رحمه الله
لانهم يتصرفون بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر
وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالفاحش منه تبرع لا ضرورة
فيه وهم ليسوا من اهله واذا كتب كتاب الشراء على وصي كتب
كتاب على حدة لان ذلك احوط ولو كتب جملة عسى يكون الشاهد
شهادته في آخره من غير تفصيل فيصير ذلك حجة له على الكذب
ثم تكتب اشترى من فلان بن فلان ولا تكتب من فلان وصي فلان لما
بينا وقيل لا باس بذلك لان الوصاية تعلم ظاهرا قال وبيع الوصي
على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان للاب ولاية ما سواه ولا ولاية
فكذا وصيه فيه فكان القياس ان لا يملك الوصي بيع غير العقار
ايضا لانه لا يملكه الاب على الكبير الا انا استحسنا لما انه يحفظ
المتاع الفساد اليه وحفظ الثمن اليسر وهو يملك الحفظ اما العقار
يحصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ
دون التجارة وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله ووصي الاخ في الصغير
والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير الغائب وكذا وصي
الام ووصي العم وهذا الجواب في تركة هؤلاء لان وصيهم قائم
مقامهم وهم يملكون ما يكون من باب الحفظ فكذا وصيهم وقال الوصي
اجنبي عن مال الصغير من الجد وقال الشافعي رحمه الله الجد احق لان الشرع
اقامه مقام الاب حال عدمه حتى احرز الميراث فيقدم على وصيه
ولنا ان الايصاء يتنقل ولاية الاب اليه فكان في ولايته قائمة معنى
فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختيار الوصي مع علمه بقيام
الجد بدل على تعرفه انظر لنفسه من تصرف ابيه قال فان لم يوص

المالكية واذن فكتب الحجة
الوصي لانه يتصرف
بحكم
بمنزلة الهبة فلا على من لا اذن له

الاب فالجد بمنزلة الاب لانه اقرب الناس اليه واشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون
الوصي غير انه تقدم وصي الاب في التصرف لما بينا وصل في الشهادة
واذا شهد الوصيان ان الميت اوصى الى فلان معهما فالشهادة باطلة
لانهما متهمان فيها لاثباتهما تعيينا لانفسهما والا ان يدعيها
المشهود له وهذا استحسان وهو في القياس مثل الاول لما بينا من
التهمة وجه الاستحسان ان للقاضي ولاية نصب الوصي ابتداء او ضم
آخر اليهما برضاه بدون شهادتهما فيسقط شهادتهما ونه التعيين
عنه اما الوصاية تثبت بنصب القاضي والا وكذلك لا يبان معناه
واذا شهدا ان الميت اوصى الى رجل وهو منكر لانهما يجران الى انفسهما نفعا
بنصب حافظ للتركة ولو شهدا بعض الوصيين لوارث صغير او شيء
من مال الميت او غيره فشهادتهما باطلة لانهما يظهران ولاية التصرف
لانفسهما في المشهود به والا وان شهدا لوارث كبير في مال
الميت لم يجز وان كان في غير مال الميت جاز وهذا عند ابي حنيفة
رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله عليهما ان شهدا لوارث كبير يجوز
في الوجهين لانه لا يثبت لهما ولاية التصرف في التركة اذا كان الوارث
كبيرا فيعرى عن التهمة وله انه يثبت لهما ولاية الحفظ وولاية بيع
المنقول عند غيبة الوارث فيتحقق التهمة بخلاف شهادتهما في غير
التركة لانقطاع ولايته وصي الاب عنه لان الميت اقامه مقام نفسه
في تركته لا في غيرها والا واذا شهد الرجلان لرجلين على ميت
بدين الف درهم وشهد الآخران للاولين بمثل ذلك جازت شهادتهما
وان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف رحمه الله لا تقبل في الدين
ايضا وابو حنيفة رحمه الله فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف رحمه الله

وعن

وعن ابي يوسف رحمه الله مثل قول محمد رحمه الله وجه القبول ان الدين
يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة ولهذا لو تبرع اجنبي بقضاء
دين احدهما ليس للآخر حق المشاركة وجه الدين بالموت يتعلق
بالتركة اذ الذمة خربت بالموت ولهذا لو استوفى احدهما حقه من التركة
يشاركه الآخر فيه فكانت الشهادة مثبتة حق الشركة فتحققت التهمة بخلاف
حال الحيوة للمديون لانه في الذمة لبقائها في المال فلا يتحقق الشركة والا
ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بجاريته وشهد المشهود لهما ان
الميت اوصى للشاهدين بعبده جازت الشهادة بالاتفاق لانه لا شركة
فلا تهمة ولو شهدا انه اوصى لهذين الرجلين بثلث ماله وشهد المشهود
لهما انه اوصى للشاهدين بثلث ماله فالشهادة باطلة ولذلك اذا شهد
الاولان ان الميت اوصى لهذين الرجلين بعبد وشهد المشهود لهما انه
اوصى للاولين بثلث ماله فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصور مثبتة
الشركة والله اعلم

كتاب الخنثى

فصل في بيانه والا واذا كان المولود فرج وذكر فهو خنثى فان
كان بول من الذكر فهو غلام وان كان بول من الفرج فهو انثى لان النبي
عليه السلام سئل عنه كيف تورث فقال من حيث يبول وعن علي رضي الله عنه
مثله ولان البول من ادنى العضوين فهو دليل على انه هو العضو الاصلي
الصحيح والآخر بمنزلة العيب ولم يزل منهما فالحكم للاسبق لان ذلك دلالة
اخرى انه هو العضو الاصلي وان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة
عند ابي حنيفة رحمه الله وقال يثبت الى اكثرهما لانه علامة قوة ذلك
العضو وكونه عضوا اصليا ولان الاكثر حكم الكل في اصول الشرع
فيترجح بالكثرة وله ان كثرة الخروج ليس بدليل على القوة لانه قد يكون لاتساع
في احدهما وضيق في الآخر وان كان يخرج منهما على السواء يشكل بالاتفاق

لانه لا مرجح قال واذا بلغ الخنثى وفرض له لحية او وصل الى النساء
فهو رجل وكذا اذا احتلم كما يحتلم الرجال او كان له ثدي كثدي الرجال او
من علامات الذكران ولو ظهر له ثدي كثدي المرأة او نزل له لبن في ثديه
او حاض او حبل او امكن الوصول اليه من الفرج فهو امرأة لان هذه من
علامات النساء وان لم يظهر احدى هذه العلامات فهو خنثى مشكل وكذا
اذا تعارضت هذه المعالم **فصل في احكامه** الاصل في الخنثى المشكل
ان يوخذ فيه بالاحوط والاوثق في امور الدين وان لا يحكم بثبوت حكم
وقع الشك في ثبوته قال اذا وقف خلف الامام قام من صف الرجال
والنساء لاحتمال انه امرأة فلا تخلل الرجال كيلا تفسد صلوتهم ولا
ولا النساء لاحتمال انه رجل فتفسد صلوته وان قام في صف النساء فاحبت
الى ان يعيد صلوته لاحتمال انه رجل وان قام في صف الرجال وصلوته تامة
ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره والذي خلفه بخلافه صلوتهم احتياطا
لاحتمال انه امرأة وان واجه البناء ان يصلي بقناع لانه يحتمل انه امرأة
ويجلس في صلوته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز
في الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها لان الستر على النساء واجب
ما امكن ولا يصلي بغير قناع امرته ان يعيد لاحتمال انه امرأة وهو على
الاستحباب وان لم يعد اجزاه ويباح له امة تختنه ان كان له مال لانه
يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امرأة ويكره ان تختنه رجل لانه
عبث انثى او تختنه امرأة لانه لعله رجل فكان الاحتياط فيما قلنا وان
لم يكن له مال اباح الامام من بيت المال لانه اعد لنوائب المسلمين فاذا اختنه
باعها ورد ثمنها في بيت المال لوقوع الاستغناء عنها ويكره له في حياته
لبس الحلي والحرير وان يكشف قدام الرجال وقدام النساء وان يخلو به
غير محرم من رجل او امرأة وان يسافر مع غير محرم من الرجال توقيا

لتمس معايد للمسائل

احتمال المحرم وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف رحمه الله لا علم لي في لباسه
لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان انثى يكره له تركه و
قال محمد رحمه الله يلبس لباس المراة لان ترك لبس المخيط وهو امراة الخنثى
من لبسه وهو رجل ولا شيء عليه لانه لم يبلغ قال ومن حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد يلد بنته غلاما فولدت خنثى لم يقع حتى يستبين
امر الخنثى لان الجنس لا يثبت بالشك ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة
لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا وان قال القولين
جميعا عتق المتيقن باحدهما الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى انا رجل
او قال انا امراة لم نقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى تخالف قضية
الدليل وان لم يكن مشكلا ينبغي ان نقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره
وان مات قبل ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امراة لان حل الغسل
غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى احتمال الحرمة ويتيمم بالصعيد
لتعذر الغسل ولا يحضر ان كان مراهقا غسل رجل ولا امراة لاحتمال
انه ذكرا وانثى وان سجي قبره فهو احب لانه ان كان انثى يقيم واجبا
وان كان ذكرا فالتسجية لا يضره واذا مات فصلى عليه وعلى رجل وامراة
وضع الرجل مما يلي الامام والخنثى خلفه والمراة خلف الخنثى فوخر
عن الرجل لاحتمال انه امراة وتقدم على المراة لاحتمال انه رجل ولو
دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل لاحتمال
انه امراة ويجعل بينهما حاجز من صعيد وان كان مع امراة قدم الخنثى
لاحتمال انه رجل وان جعل على السرير يعتبر المراة وهو احب الي لاحتمال
انه عورة وتكفن كما تكفن الجارية وهو احب الي يعني يكفن في خمسة
اثواب لانه اذا كان انثى فقد اقيمت سنة وان كان ذكرا فقد زادوا
على الملك فلا باس بذلك فلو مات ابوه وخلف ابنا وخنثى فالمال بينهما عند ابي

حسبه رحمه الله على بلاء اسهم للابن سهمان وللخنثى سهم وهو انثى عنده في الميراث
الا ان يبين عند ذلك وقال للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث
انثى وهو قول الشعبي رحمه الله واختلفوا في قياس قوله قال محمد رحمه الله
المال بينهما على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف
رحمه الله المال بينهما على سبعة للابن اربعة وللخنثى ثلثة لان الابن يستحق
كل الميراث عند الانفراد والخنثى يستحق ثلاثة الارباع فعند الاجتماع
نقسم بينهما على قدر حقيهما هذا يضرب باربعة وذلك بثلثة فيكون سبعة
ومحمد رحمه الله ان الخنثى لو كان ذكرا يكون المال بينهما نصفين وان كان
انثى يكون المال بينهما اثلاثا احتجنا الى حساب له نصف وثلث واقل
ذلك ستة وفي حال المال بينهما نصفان وفي حال الاثلاث للخنثى سهمان وللابن اربعة فسهمان للخنثى ثابتان بيقين وقع الشك في السهم الزائد
فينتصف فيكون له سهمان ونصف فانكسر فاضعف ليزول الكسر فصار
الحساب من اثني عشر للخنثى خمسة وللابن سبعة اسهم وهو الى خمسة رحمه الله
ان الحاجة هاهنا الى اثبات المال ابتداء والاقل وهو ميراث الانثى
متيقن به وفيما زاد عليه شك وصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب
آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن به قصرا عليه لان المال لا يجب بالشك فصار كما
اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر فانه يوخذ فيه بالمتيقن به كذا هذا الا
ان نصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا حينئذ يعطى نصيب الابن في تلك
الصورة لكونه متيقنا به وهو ان يكون الورثة زوجا واما واختا
لاب واما هي خنثى او امراة واخوين لام واختا لاب وام هي خنثى فعندنا في
الاولى للزوج النصف وللام الثلث والباقي للخنثى وفي الثانية للمراة
الربع وللاخوين لام الثلث والباقي للخنثى لانه اقل النصيبين

مسائل ست واذا قرئ على الامي كتاب وصية فقيل له اتشهد

عليك بما في هذا الكتاب فاومى برأسه اي نعم او كتب فاذا جاء
من ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز ولا يجوز ذلك في الذي
تعتقل لسانه وقال الشافعي رحمه الله يجوز في الوجهين
لان الجواز انما هو العجز وقد شمل الفصلين ولا فرق بين الاصلي
والعارضي كالوحشي والمتوحش من الاهلي في حق الزكوة
والفرق لاصحابنا رضي الله عنهم ان الاشارة انما تعتبر اذا
صارت معهودة معلومة وذلك في الامي دون معتقل لسانه
حتى لو اعتاد ذلك فصارت له اشارات معلومة قالوا هو بمنزلة
الامي ولان التفريط جاء من قبله حيث اخر الوصية الى هذا
الوقت اما الامي فلا تفريط منه ولان العارضي على شرف
الزوال دون الاصلي فلا يتقايسان وفي الابدة عرفنا انه نص
قال واذا كان الامي يكتب كتابا او يومي اليه انه يعرف به فانه
يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يجب عليه
بحق له واما الكتابة فلانها ممن يأتي بمنزلة الخطاب ممن دنا الدار
ان النبي عليه السلام ادى واجب التبليغ مرة بالعبارة وتارة
بالكتابة الى الغيب والحضور في حق الغائب العجز وهو في حق الامي
اظهر والزم ثم الكتابة على ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو
صورة النطق في الغائب والحاضر على ما قالوا ومستبين غير مرسوم
كالكتابة على الجدار او اوراق الاشجار وينوي وهو انه بمنزلة الكتابة
من الصريح فلا بد من النية وغير مستبين كالكتابة على الهواء
والماء وهو بمنزلة كلام غير مسموع فلا يثبت به الحكم واما الاشارة
فجعلت حجة في الامي في حق من الاحكام للحاجة الى ذلك لانها
من حقوق العباد ولا تختص بلفظ دون لفظ وقد ثبت بدون

تفريط

قال عليه السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فما ندّ عليكم فاصنعوا به هكذا

اللفظ والقصاص حق العبد ايضا ولا حاجة الى الحدود لانها
حق الله تعالى ولا تندرئ بالشبهات ولعله كان مصيبا للقاذف فلا يحد
للشبهة ولا يحد ايضا بالاشارة بالقذف لعدم القذف صريحا
وهو الشرط ثم الفرق بين الحدود والقصاص ان الحد لا يثبت بما فيه
شبهة الا يرى لو شهدوا بالوطء الحرام او اقر بالوطء الحرام لا يجب
الحد ولو شهدوا بالقتل المطلق او اقر بالقتل المطلق يجب القصاص
وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى العوضية
لانه شرع جابرا فجاز ان يثبت مع الشبهة كساير المعاوضات التي هي حق
العباد واما الحدود الخالصة لله تعالى فشرعت زواجر وليس
فيها معنى العوضية فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر في كتاب
الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه ويحتمل ان
يكون الجواب هنا كذلك فيكون فيها روايتان ويحتمل ان يكون مفارقا
لذلك لانه يمكن الوصول الى مطلق الغائب في الجملة لقيام اهليته
النطق ولا كذلك الاخرس لتعذر الوصول الى النطق للآفة المانعة
وذكر المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة
بخلاف ما توهمه بعض اصحابنا رحمهم الله انه لا يعتبر الاشارة مع القدرة
على الكتابة لانه محتمل ضروري ولا ضرورة لانه جمع هنا بينهما فقال
اشار او كتب وانما استويا لان كل واحد منهما حجة ضروري وفي الكتابة
زيادة بيان لم يوجد في الاشارة وفي الاشارة دلالة امر لم يوجد في الكتابة
لما انه اقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا وكذلك الذي صمت يوما
او يومين لعارض لما بينا في المعتقل لسانه ان آفة النطق قائمة
وقيل هذا تفسير معتقل اللسان قال واذا كانت الغنم مذبوحة
وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها وتؤكل وان كانت الميتة

اكثر

اكثر او كانا نصفين لم يؤكلا وهذا اذا كانت الحالة حالة الاختيار اما
في حالة الضرورة يحل له التناول في جميع ذلك لان الميتة المتيقنة
يحل في حال الضرورة فالذي يحتمل ان يكون ذكية اولى فيجوز ان يتحرى
لانه طريق يوصله الى الذكية في الجملة فلا يترك من غير ضرورة وقال
الشافعي رحمه الله لا يجوز الاكل في حالة الاختيار وان كانت المذبوحة
اكثر لان التحري دليل ضروري فلا يصار اليه من غير ضرورة
ولا ضرورة لان الحال حالة الاختيار ولنا ان الغلبة تنزل منزلة
الضرورة في افادة الاباحة الا يرى ان اسواق المسلمين لا تخلو
عن المحرم والمسروق والمغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا
على الغالب وهذا لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه ولا يستطاع
الامتناع فيسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة وقليل الدم
بخلاف ما اذا كانا نصفين او كانت الميتة اغلب لانه لا ضرورة والله اعلم
بالصواب واليه المرجع والمآب

فرغ من تعليقه وتسميده بعون الله وحسن توفيقه
وقت الضحوة في يوم الخميس الخامس والعشرين
من شهر صفر من السنة الرابعة والسبعين
وسبعمائة حسن بن محمد بن محمد المدعو
بين الاصحاب بدر الدين العلامي
تجاوز الله عما فرط منه
وبلغه من العلم
والعمل ما